



**Universidad
Zaragoza**

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

DICTAMEN ELABORADO POR:

D. Alejandro Lobato Oliván

Con objeto de:

La Reagrupación familiar desde una perspectiva teórico
práctica.

Especial mención a la regulación del matrimonio de
conveniencia.

Family reunification – theoretical and practical approach.

Special notes about marriage of convenience regulations.

Director:

D. Juan Pemán Gavín

**Facultad de Derecho Universidad de Zaragoza / Diciembre
de 2019**

INDICE

I. INTRODUCCION.....	3
1 CONCEPTO DE FAMILIA	6
2. RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL DE LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA	8
3. RECONOCIMIENTO INTERNO DE LA PROTECCION DE LA FAMILIA	10
II. ANTECEDENTES	12
III. CUESTIONES QUE SE PLANTEAN	14
IV. LEGISLACION APLICABLE	16
1. LA REAGRUPACION FAMILIAR EN LA REGULACION COMUNITARIA	16
1.2. EVOLUCION NORMATIVA.....	16
1.3. PRINCIPALES DIFERENCIAS RESPECTO LA REGULACION EXTRACOMUNITARIA.....	18
1.4. CONCEPTO JURIDICO DE "ESTAR A CARGO"	
1.5. ENTRADA Y RESIDENCIA	24
V. DICTAMEN.....	30
1. PLANTEAMIENTO.....	30
2. TRAMITACION AUTORIZACION DE RESIDENCIA EN ESPAÑA.....	32
3. TRAMITACIÓN VISADO EN MARRUECOS.....	38
4. ESPECIAL MENCION A LA REGULACION DEL MATRIMONIO DE CONVENIENCIA	42
5. INSCRIPCION DEL MATRIMONIO EN EL REGISTRO CIVIL ESPAÑOL.....	47
6. FINALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO	50
VI. CONCLUSIONES.....	54
BIBLIOGRAFÍA	56
JURISPRUDENCIA.....	58

I. INTRODUCCION

A partir de la década de los años 90, en España comenzó un fenómeno ascendente de migración debido a la globalización cultural, social y económica, cambiando la tendencia de país emigrante a uno integrador debido a la a firma del Tratado de Adhesión en Madrid y la integración efectiva en la Comunidad Económica el 1 de enero de 1986.

De este modo, España pasa a ser un gran receptor de inmigrantes, especialmente procedentes de América Latina, del Norte de África, y de países del este de Europa, variando la relación de población extranjera, desde el 2% en 1990, al 10,7% en 2019. Por lo que actualmente, con datos a 1 de enero de 2019, del total de personas residentes (47.007.367 personas) el 89,3 %, es decir 42 millones, son españoles, y el 10,7 % restante, 5 millones¹, son extranjeros.

Un aspecto importante al fenómeno migratorio es la política regulatoria, pues siendo cierto que las bases de su cimentación y desarrollo están consolidadas, el derecho migratorio es un derecho incompleto, porque conforme al artículo 13.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948², (en adelante D.U.D.H.), se reconoce un derecho a la emigración como derecho de libertad de la persona a salir de su país de origen o de cualquier país de residencia, pero ese derecho a emigrar no viene acompañado de un necesario derecho a inmigrar, en el sentido de crear en el país de acogida o destino un deber jurídico de entrada o acogida. Es decir, son los Estados Nacionales los que tienen el poder soberano de admitir o no a las personas migrantes en su territorio³, pues tal como dice la Constitución Española, (en adelante C.E.), y en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, (en adelante L.O. 4/2000), corresponde al Gobierno la planificación, regulación y desarrollo de la política de inmigración, sin

¹ Datos Instituto Nacional de Estadística de 2019: “Avance de la Estadística del Padrón Continuo a 1 de enero de 2019” .

² Artículo 13. DUDH: “Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso el propio, y a regresar a su país”.

³ MORENERO PÉREZ, José Luis. “Las políticas de inmigración: La construcción de nuevas formas de ciudadanía y de atribución de derechos para las personas extranjeras”. Revista de Derecho Migratorio y Extranjería. Lex Nova. Año 2013. P.p. 17.

perjuicio de las competencias que puedan ser asumidas por las Comunidades Autónomas y por las Entidades Locales⁴.

Ahora bien, es evidente que el poder ejecutivo es limitado y que su sujeción a la Ley es imperiosa debido al encaje en un Estado democrático y de Derecho de corte constitucional, donde es su carta magna establece una vinculación interpretativa de la normativa interna de España a los tratados internacionales y valores inspiradores de la D.U.D.H., pues a pesar de ser sólo una declaración, tiene una base documental en la Carta de la Organización de Naciones Unidas, (en adelante O.N.U). Dicha Carta establece entre sus objetivos prioritarios, y los de la comunidad internacional en general, el respeto, la defensa y la promoción de los derechos humanos.

Pese a ello, ni los mecanismos de protección de los Derechos Humanos ni la concepción de esos mismos derechos están exentos de críticas.

Una de las críticas de la D.U.D.H es la relativa a su obligatoriedad. Pese a que la DUDH no contiene disposiciones jurídicamente obligatorias, debe tenerse en cuenta que:

- La DUDH es un texto que permite interpretar los objetivos de la Carta de la ONU en materia de Derechos Humanos.
- Parte de la DUDH enuncia el principio del respeto a la dignidad humana, que es un principio obligatorio para todos los estados comunidad internacional, sean o no miembros de las Naciones Unidas.
- Bastantes artículos de la DUDH han generado lo que en términos de Derecho Internacional se conoce como costumbre internacional. Es decir, obligaciones que, a pesar de no estar recogidas en ningún documento oficial, se entiende que forman parte de las normas que deben seguir todos los Estados en su comportamiento.

Por tanto, la D.U.D.H., fue sólo la primera piedra de todo un cuerpo jurídico que se ha desarrollado durante la segunda mitad del siglo XX. De ella se han derivado

⁴Artículo 2 bis L.O. 4/2000: “Corresponde al Gobierno, de conformidad con lo previsto en el artículo 149.1.2.ª de la Constitución, la definición, planificación, regulación y desarrollo de la política de inmigración, sin perjuicio de las competencias que puedan ser asumidas por las Comunidades Autónomas y por las Entidades Locales”.

documentos jurídicos de cumplimiento obligatorio para los Estados de aceptación voluntaria (Tratados). Los Estados Nacionales que los firman se autoobligan a contemplarlos mediante su aceptación oficial (ratificación). Siendo como son instrumentos jurídicos, los Pactos definen con mayor precisión los diversos derechos que deben respetar y promocionar, y de ellos también se derivan obligaciones jurídicas para los Estados. De esta manera, los Pactos Internacionales, tanto el referente a Derechos Civiles y Políticos como el referente a los Derechos Económicos, Culturales y Sociales, son tratados en los cuales los Estados Parte se comprometen a respetar y asegurar el pleno desarrollo y disfrute de una amplia gama de derechos, y a adoptar medidas activas en esa dirección.

Es decir, los Pactos Internacionales surgen de la necesidad de establecer, más allá del texto programático que supone la DUDH, unos acuerdos que obliguen jurídicamente al cumplimiento de determinadas cláusulas de protección y salvaguarda de los derechos humanos.

Según la propia ONU, paralelamente a la aprobación de la DUDH ya se trabajaba en la elaboración de un tratado internacional que obligara a su cumplimiento. Sin embargo, fue imposible adoptar un único texto ante las diferencias ideológicas existentes en el seno de la comunidad internacional de la época. Finalmente, y para hacer posible un acuerdo, se adoptaron dos textos que se convertirían en:

-Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos . Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976.

-Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976.

Esta evolución normativa internacional de gran labor pragmática, se ha ido trasponiendo a la normativa interna desde dos perspectivas distintas debido al

desarrollo de la Comunidad Económica Europea, pues como proyecto integrador ha ido evolucionando en cuanto a su facultad normativa, de manera que podemos hablar de regulación comunitaria y extracomunitaria.

Consecuencia de ello, el trabajo se enfoca en la exposición de un derecho protegido por ambos textos internacionales, en concreto, el derecho a la protección familiar, cuya plasmación empírica se encauza a través de un procedimiento llamado reagrupación familiar, existiendo matices importantes en cuanto a la normativa aplicable. Además, otro foco de atención irá encaminado a analizar la regulación de los matrimonios de conveniencia desde la esfera del caso expuesto en el trabajo, sin olvidar la amplia casuística existente en la materia.

1. CONCEPTO DE FAMILIA

Para llegar a desarrollar el *item* principal del presente trabajo, es preciso pararnos a analizar el concepto jurídico de “vida familiar” debido al precedente necesario que supone su explicación y entendimiento, desarrollando su amplia protección jurídica internacional, para después explicar la puesta en práctica del derecho a la reagrupación familiar.

El concepto de familia, según Albaladejo⁵, puede ser entendida como la unión legal de un hombre y una mujer, que se encamina al establecimiento de una plena comunidad de vida y funda la familia, pero no necesariamente la familia debe ser creada a raíz del matrimonio debido a la diversidad de modelos de familia existentes en la actualidad.

El desarrollo del Estado democrático ha traído consecuencias en cuanto al concepto de familia se refiere, especialmente mediante la aprobación de la Ley 13/2005 de 1 de julio, por la que se modificó el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio tradicional entre hombre y mujer con el fin de permitir que éste sea contraído por personas del mismo sexo, donde textualmente establece que “el

⁵ ALBALADEJO GARCIA, Manuel., *Curso de Derecho Civil, IV. Derecho de Familia*, duodécima Edición. Edisofer, S.L., Madrid 2013, P.p. 30 y ss.

matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”.

Desde el punto de vista del concepto de familia, son varios autores quienes han acuñado su propio término, basándose en nociones históricas, sociológicas y iusfilosóficas mediante el estudio del comportamiento del ser humano. Lo cierto es que no existe un concepto de familia estricto en orden a la transformación transversal que ha sufrido desde su origen a la actualidad. No obstante, es innegable que la familia, como concepto jurídico, ocupa un lugar privilegiado en cuanto a su protección legislativa internacional, plasmándose de manera empírica por el desarrollo de las políticas públicas que garantizan su consolidación y desarrollo social, al menos, así se ha aceptado prácticamente en todos los documentos aprobados por la Comunidad internacional.

Por tanto, es claro que el concepto de familia ha atravesado una modulación en cuanto a su contenido, pero no en cuanto a su significado, pues continua siendo la raíz del desarrollo personal y la libre personalidad, creando una sociedad más abierta y diversa conjugado con el flujo de personas de distinta nacionalidad.

La importancia de la protección del derecho a tener una vida familiar se acrecenta cuando se relaciona con el fenómeno migratorio, pues la distancia entre seres queridos no debiera ser un impedimento mayor que el factor geográfico, obligando a los Estados a lidiar con el factor de la defensa de la soberanía estatal, como bien dice VARGAS GOMEZ⁶, entendida como fundamento del control de las fronteras nacionales y los flujos migratorios, y la protección del derecho de los extranjeros inmigrantes a disfrutar de ese derecho en el interior del Estado elegido como lugar de residencia.

Por tanto, esta disyuntiva entre control de las fronteras dimanante de la soberanía estatal y la protección de los derechos de los extranjeros plasmada en los textos internacionales, engloba el derecho a la reagrupación familiar, siendo cierto que la

⁶ VARGAS GOMEZ URRUTIA, Marina: *La dimensión familiar de la inmigración y el derecho a la reagrupación familiar. Normas de Extranjería y Derecho Aplicable*. Aranzadi Derecho Internacional. Año 2006. P.p.180.

limitación del mismo derecho es plausible mediante razones de justificada necesidad.⁷

2. RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL DE LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA

Como ya se ha dicho, la D.U.D.H. fue el texto internacional pionero en incluir este derecho básico de la persona, recogiendo en su artículo 16, donde dice que:

“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”, estableciendo que “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y a fundar una familia, disfrutando de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”

En consecuencia, el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce a la familia como:

“elemento natural y fundamental de la sociedad, rescatando su necesidad de configurarse como sujeto de protección por parte de la sociedad y del Estado”.

Con posterioridad, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Artículo 10 y 11 expresa lo siguiente:

Los Estados partes en el presente pacto reconocen que:

Artículo 10: “Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente

⁷ Véase art. 8 Convenio Roma: “ Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”. Además, “no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”

para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo”.

Artículo 11: “Los Estados partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento”.

El artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en adelante (C.E.D.H.) sobre la vida privada y familiar señala que:

“Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”.

En síntesis, de lo expuesto en los párrafos anteriores, es palmario que con el paso del tiempo se ha ido desarrollando y evolucionando el derecho a tener una vida en familia, otorgando una protección privilegiada a la familia, siendo su única limitación la establecida en el artículo 52 de la Carta de derechos fundamentales de la UE, (en adelante C.D.F.U.E.) se expone que:

“Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por dicha Carta deberá ser establecido por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”

Por ultimo, y acabando con el breve recorrido normativo, es preciso mencionar el actual artículo 6 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en adelante (TFUE), donde dice que:

“La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los tratados”. “La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales”.

3. RECONOCIMIENTO INTERNO DE LA PROTECCION DE LA FAMILIA

Entrando en el Derecho interno, antes de señalar los artículos de la C.E. que reconoce de manera expresa la protección a la familia, hay que tener presentes los artículos 10.2 y 96 del mismo texto, donde vienen a decir respectivamente que:

“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

“Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno”.

Por tanto, ante esta vinculación interpretativa, es lógica la plasmación de ciertos derechos básicos en la Constitución Española, y en lo que interesa, el artículo 13 reconoce:

“El derecho de los extranjeros de disfrutar en España de las libertades públicas que garantiza la normativa internacional.”

En consecuencia, el artículo 18 y 39 reconocen, de manera respectiva lo siguiente:

“Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”.

“Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”.

Ahora bien, lo que se está protegiendo es la equiparación de los derechos fundamentales de los extranjeros con las personas nacionales en España, pero no se declara el derecho a tener una vida en familia como un derecho fundamental. De esta manera, aunque las cartas internacionales protegen de una manera privilegiada ese derecho, cuando se relaciona el derecho a la vida familiar con el fenómeno migratorio, siendo posible a través de un procedimiento de reagrupación familiar, éste derecho no se plasma como un derecho fundamental, de manera que su engarce normativo adolece de reconocimiento explícito en la C.E., siendo desarrollada por legislación ordinaria.

Así lo interpreta el Tribunal Constitucional (en adelante T.C.), quien reconoce explícitamente que el derecho a la reagrupación familiar no es un derecho fundamental, aunque su origen venga ligado a artículos tan elementales como el 8 del CEDH y el artículo 7 de la CDFUE, sobre derecho al respeto a la vida privada y familiar⁸.

Tras la interpretación que hace VARGAS GÓMEZ tras analizar la doctrina del propio TEDH⁹, se consolida que la reagrupación familiar supone el desarrollo práctico del derecho principal protegido, pero sin embargo aplica una gran desconexión en cuanto a su protección normativa, llegando incluso a fundamentar

⁸ STC, 236/2007, de 7 de noviembre de 2007, FJ 11. “Nuestra Constitución no reconoce un derecho a la vida familiar en los mismos términos en que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado el art. 8.1 CEDH, y menos aún un derecho fundamental a la reagrupación familiar(...)la reagrupación familiar, regulada en los preceptos impugnados, constituye una modalidad de protección de la familia, haciendo efectivo el principio rector consagrado en el art. 39.1 CE.

⁹ La doctrina en el ámbito europeo apunta que los derechos protegidos en el artículo 8 del CEDH son derechos pertenecientes al grupo de los llamados «qualified rights» (limitados o restringidos), pues reconocen libertades específicas, si bien pueden estar limitadas por una serie de causas, como son las del párrafo 2 del artículo 8 del Convenio, conforme al cual: “No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.” VARGAS GÓMEZ-URRUTIA. Marina: *La Reagrupación Familiar de los Extranjeros en España. Normas de Extranjería y Problemas de Derecho Aplicable*. Editorial Aranzadi, SA, Navarra, 2006, P.p. 81.

que la reagrupación familiar no es invocable cuando la vida familiar pueda ser posible en el país de origen, pues una decisión voluntaria de abandonar su país de origen en búsqueda de mejores alternativas laborales o de calidad de vida no es suficiente.¹⁰

La reagrupación familiar se situaría entre aquellos derechos cuyo reconocimiento a favor de los no nacionales dependería de la acción normativa del legislador, tanto internacional como interno.

En conclusión, de la jurisprudencia establecida por el T.C. respecto al derecho de reagrupación familiar de los extranjeros en España se deriva, que el Tribunal interpreta que este derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros es un derecho de configuración legal¹¹ y no un derecho fundamental, en virtud de la interpretación del TEDH.

Por tanto, dejando asentado el concepto de familia y su amplia protección normativa, se da paso a la explicación del caso concreto aplicado al procedimiento que hace posible, precisamente, esa vida familiar, denominado procedimiento de reagrupación familiar.

II. ANTECEDENTES

De la documentación trasladada y de la información verbal facilitada por el cliente se obtienen los siguientes:

Se trata de una persona de nacionalidad marroquí residencia en España, titular de una autorización de residencia de larga duración con intención de reagrupar a su cónyuge residente y nacional marroquí mediante la tramitación de un permiso denominado como “Residencia Temporal por Reagrupación Familiar”. Los principales hitos que cabe destacar de este procedimiento son los que se detallan a continuación:

¹⁰ Así fundamenta su decisión en la Sentencia el caso Gül c. Suiza de 19 de Febrero de 1996 (TEDH 1996, 9) y el caso Ahmut c. Francia de 28 de Noviembre de 1996 (TEDH 1996, 64).

¹¹ GARCIA HERRERA. Miguel Ángel: “La configuración legal de los derechos fundamentales de los extranjeros”. Coord. en “Constitución y democracia: 25 años de Constitución democrática en España”. Extracto sobre Actas del congreso celebrado en Bilbao los días 19 a 21 de noviembre, Universidad del País Vasco, 2005. P.p. 329-334.

1.- Con fecha 01/03/2017 se presentó ante la Oficina de Extranjeros de Zaragoza solicitud de Autorización Residencia Temporal por Reagrupación Familiar Inicial Familiar de Titular de autorización de residencia de larga duración, en favor de su cónyuge residente en el extranjero.

2.- Con fecha 04/07/2017 se denegó la autorización de residencia solicitada siendo motivada mediante el argumento de insuficiencia de medios económicos para que el familiar reagrupado no suponga una carga al Estado de Bienestar.

3.- Con fecha 26/07/2017 se presentó Recurso de Reposición ante el mismo órgano que dictó la resolución anterior, alegando falta claridad en la motivación y ausencia de aplicación de la regla general, pues la normativa marca que la denegación de la autorización debe ser interpretada de manera estricta, y utilizada excepcionalmente.

4.- Con fecha 15/01/2018 se concedió la autorización de residencia temporal por estimación del recurso de reposición, condicionada la efectividad de ésta a la obtención del Visado correspondiente y a la posterior entrada en España del familiar reagrupado. Momento en el que comenzará su periodo de vigencia, estando ligado su caducidad al del titular actual del derecho de residencia.

5.- Siguiendo el *iter* procedimental que marca la Ley de aplicación, el Interesado solicitó Visado de Residencia por Reagrupación Familiar en el Consulado de España en Agadir, Marruecos, dentro de los dos meses siguientes a la concesión del permiso solicitado.

Con fecha 09/04/2018 se denegó la solicitud de Visado en base a la existencia de unos indicios suficientes para dudar de la veracidad de los motivos alegados en la solicitud, además de calificar el matrimonio como fraudulento en base a la documentación aportada y a la entrevista realizaron los funcionarios encargados.

6.- Con fecha 24/05/2018 se presentó recurso de reposición ante el Consulado General de España en Agadir, disintiendo de la argumentación de la resolución

anterior en cuanto a su ausencia de fundamento denegatorio, desorden en cuanto al relato fáctico-cronológico, falta de claridad en la motivación, entre otras.

7.- Con fecha 02/11/2018 se notifica la desestimación el recurso de reposición de fecha 25/09/2018 confirmando el sentido de la primera denegación de Visado, alegando la fraudulencia del matrimonio bajo el argumento de que no se conocían antes de la celebración del matrimonio, pactando así un matrimonio de conveniencia. Además, se vuelve a repetir el argumento de insuficiencia de medios económicos del titular de residencia en España, tal y como se intentó motivar en la denegación de autorización de residencia temporal por reagrupación familiar inicial.

8.- Una vez agotada la vía administrativa, el Interesado no tuvo otra opción que acudir a los tribunales mediante la interposición del pertinente recurso contencioso-administrativo el día 25/09/2018, dos semanas antes de la notificación de la desestimación explícita del recurso de reposición en relación a la expedición de Visado, hecho que no deslegitima la posibilidad de acudir a la vía judicial por la concurrencia de un acto presunto desestimatorio de carácter negativo.

9.- En tiempo y plazo, se presenta contestación a la demanda por parte de la Abogacía del Estado, confirmando la argumentación desestimatoria inserta en el procedimiento administrativo dimanante.

10.- Por último, con fecha 16/05/2019 se dicta sentencia favorable para el Interesado, anulando la denegación de Visado y concediendo el mismo al Interesado.

III. CUESTIONES QUE SE PLANTEAN

Ante los antecedentes de hecho descritos, con el presente escrito se quiere hacer mención al procedimiento de extranjería que rige al caso concreto en virtud de los distintos pasos a seguir para conseguir el objetivo de reagrupar a un familiar extracomunitario.

Se intentará mostrar una visión crítica acerca de los argumentos denegatorios en relación a lo expuesto en la Ley conforme al contenido de la documentación presentada, centrándonos en los conflictos jurídicos sustantivos, sin dejar de lado la competencia que mantiene el Estado en relación a la política migratoria.

En cuanto a la segunda fase del proceso, será necesario explicar el trámite de expedición de Visado, así como su finalidad. Tras ello, se intentará hacer hincapié en la falta de motivación de la resolución denegatoria de Visado, requisito imprescindible para la validez del permiso *ab initio*.

Siguiendo con esta fase del procedimiento, el caso concreto se centra en la acusación de matrimonio fraudulento por parte del Consulado General de España en Agadir en relación con la unión civil matrimonial de los Interesados. Por tanto, trataremos de ajustar la realidad fáctica a la normativa específica que regula este tipo de “matrimonios blancos” o de “conveniencia”, para en consecuencia, atacar la argumentación denegatoria de la expedición del correspondiente Visado.

No obstante, durante la resolución del caso concreto, no se dejará de lado la excepcionalidad del mismo habida cuenta del abuso palmario de la Administración, dejando claro que se trata de una excepción en relación a la realidad fáctica, mencionando la importante competencia de control que mantiene la Autoridad española habida cuenta del “boom” de los matrimonios de conveniencia desde la entrada del nuevo siglo XXI. Además, se mostrará un alcance general de la problemática, mencionando las barreras de control del fraude desde la celebración del matrimonio hasta la inscripción del mismo en el Registro Civil.

Además, el trabajo quiere mostrar *grosso modo* las sensibles diferencias existentes entre ambas regulaciones que posibilitan la materialización del derecho a la reagrupación, siendo el signo distintivo en cuanto a la legislación aplicable, la nacionalidad de Interesado, en este caso, la del Reagrupante, de manera que éste podrá ser nacional comunitario o extracomunitario.

IV. LEGISLACION APLICABLE

Como ya se ha dicho con anterioridad, la reagrupación familiar mantiene dos opciones en cuanto a su normativa aplicable. Por ello, se quiere hacer mención de las principales diferencias con la normativa comunitaria habida cuenta de las ventajas que ofrece, para más tarde, centrar el estudio en el procedimiento de reagrupación familiar concreto aplicado a la Ley.

1. LA REAGRUPACION FAMILIAR EN LA REGULACIÓN EUROPEA

En primer lugar, antes de mencionar las diferencias notables entre la regulación comunitaria y extracomunitaria en cuanto al derecho de reagrupación familiar, es conveniente una pequeña evolución normativa de la primera para entender mejor el objetivo de este apartado.

1.1. EVOLUCION NORMATIVA INTERNA

Desde la Adhesión de España a las Comunidades Europeas como Estado miembro de pleno derecho el 01/01/1986¹², el ordenamiento jurídico interno se ha ido adecuando a la normativa comunitaria.

Posteriormente, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea han valorado la necesidad de codificar y revisar los instrumentos comunitarios existentes, con objeto de simplificar y reforzar el derecho de libre circulación y residencia de todos los ciudadanos de la Unión Europea, lo que ha hecho necesario un acto legislativo único, con el fin de facilitar el ejercicio de este derecho.

Dicho acto legislativo lo ha constituido la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Su trasposición al ordenamiento jurídico interno

¹² El 12 de junio de 1985 España y Portugal firmaron el Tratado de Adhesión a las Comunidades Europeas con un doble acto en Lisboa y en Madrid.

español fue llevada a través de la aprobación del vigente Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, (en adelante RD 240/2007), derogando consigo los anteriores decretos que desarrollaban la materia.

Ahora bien, no hay que olvidar que el gran avance de la regulación comunitaria ha ido alrededor del término de libre circulación y residencia de los ciudadanos europeos, creado en 1992 con el Tratado de Maastrich¹³, ampliando el derecho fundamental de libre circulación a todos los ciudadanos europeos, no solo a los empleados o proveedores de servicios, creando entonces una nueva institución acuñada como “ciudadanía europea”, siendo confirmado por el Tratado de Lisboa¹⁴.

Todo lo anterior propició la integración del Acuerdo Schengen en los Tratados de la Unión Europea desde el 1 de diciembre de 2009.

El Espacio Schengen, denominado tras el “Acuerdo Schengen”, hace referencia a una zona en la que 26 estados europeos diferentes reconocieron la abolición de sus fronteras interiores con otros estados miembros y fuera de ellas para la libre circulación y sin restricciones de personas, bienes, servicios y capital, en armonía con unas normas comunes de control de fronteras exteriores y siguiendo una lucha contra la delincuencia mediante el fortalecimiento del sistema judicial común y cooperación policial, de manera que las fronteras entre los países europeos solo existen en los mapas, ya que más de 400 millones de ciudadanos de 26 países miembros tienen la garantía de una libre circulación de pasaportes y controles fronterizos dentro y fuera de la zona como en un solo país, que cada país comparte los derechos comunes de viaje y circulación.¹⁵

¹³ Artículo 8 del Tratado de Maastrich: “Se crea y concede la ciudadanía de la Unión a toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro con el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación”.

¹⁴ El Tratado de Lisboa, firmado por la Unión Europea (UE) en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, entrando en vigor el 1 de diciembre de 2009. Con este tratado, la UE tiene personalidad jurídica propia para firmar acuerdos internacionales a nivel comunitario, haciendo jurídicamente vinculante el cumplimiento la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

¹⁵ <https://www.schengenvisainfo.com/es/>. Última actualización a 23 de septiembre de 2019.

Ahora bien, aunque la puesta en marcha del Acuerdo Schengen no fue hasta final del año 2009, anteriormente el derecho interno español traspuso la Directiva 2004/38/CE ya citada mediante la aprobación del RD 240/2007 dedicado al desarrollo del término de libre circulación para los ciudadanos nacionales comunitarios, así como para los miembros familiares de éstos, configurándose como el texto clave a efectos de conseguir la reagrupación familiar.

Por tanto, explicada la evolución normativa de la regulación comunitaria en relación con la reagrupación familiar, es imprescindible conocer la otra regulación que hace posible tener una vida en familia, siendo:

-Normativa extracomunitaria : L.O.4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, (en adelante L.O. 4/2000), y el RD 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, (en adelante RD 557/2011).

1.2. PRINCIPALES DIFERENCIAS RESPECTO LA REGULACION EXTRACOMUNITARIA

Las principales diferencias con la normativa extracomunitaria en cuanto al procedimiento de reagrupación familiar son las siguientes:

- I. Titulares del Derecho. Los nacionales de Estados de la Unión Europea, donde se integran los ciudadanos de la Unión Europea, ciudadanos de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, y ciudadanos de la Confederación Suiza, así como sus familiares.

La gran distinción respecto a la otra normativa interna de extranjería, L.O. 4/2000, así como en su desarrollo reglamentario mediante el RD 557/2011, es la no obligatoriedad de expedición de Visado debido al encaje de España en el Acervo Schengen, reservando la exigibilidad de su expedición para los familiares de

ciudadanos comunitarios nacionales de terceros países, siempre y cuando tal país no tenga exención de Visado, según lo expuesto en el Anexo I del Reglamento (UE) 2018/1806 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018 por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación.

Además, como regla general, en el Derecho de la UE, el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar será de carácter provisional, es decir, que el familiar reagrupado tiene la facultad de viajar simultáneamente con su familiar nacional comunitario, quedando la legalidad de su situación administrativa a la obtención de concesión del permiso expedido por la Oficina de Extranjeros del lugar de residencia del país de destino.

Sin embargo, lo dispuesto en la L.O. 4/2000, no contempla la posibilidad de acortar trámites burocráticos, debiendo obtener una autorización de residencia ante la Oficina de Extranjeros del lugar de residencia de su familiar no comunitario, quedando la validez de la autorización a expensas de la obtención del Visado correspondiente en el país de origen.

II. Familiares reagrupables: Tal y como se ha dicho, el disfrute del derecho de libre circulación también incluye a los familiares de ciudadanos comunitarios, quienes una vez regularizados en el país integrante de la Unión Europea, adquieren los mismos derechos que una persona nacional comunitaria, excepto los marcados por la Ley.

Ahora bien, este punto quizás sea uno de los puntos clave en cuanto a las diferencias existentes en la regulación normativa. Por tanto, se citará el listado de familiares reagrupables con las diferencias existentes en ambas regulaciones.

- a) Cónyuge, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial o divorcio. En este sentido, la normativa española obligue a inscribir el matrimonio en el Registro Civil a efectos de su acreditación.

Ambas regulaciones mantienen como prevalencia a reagrupar al cónyuge, sin embargo en la regulación comunitaria amplía este concepto ya que no restringe la separación legal, es decir, no es un impedimento para realizar la reagrupación familiar teniendo en cuenta que no se rompe con el vínculo familiar.¹⁶, pues aunque el matrimonio se encuentre separado legalmente, la reagrupación es factible hasta que no se produzca el divorcio o la nulidad y , por tanto, la ruptura definitiva del vínculo¹⁷. Es decir, la diferencia con los requisitos que se exigen al nacional comunitario para reagrupar a su cónyuge son abismales. El nacional de tercer Estado tiene que acreditar que no está separado de hecho, ni de derecho; en cambio, al comunitario sólo se le exige que el matrimonio no se haya disuelto.

En este punto, se engarza la principal problemática del presente trabajo, donde se hará mención en el apartado correspondiente mediante un análisis de validez en cuanto a la inscripción de la unión en el Registro Civil y las consecuencias que conlleva ese hecho.

- b) A la pareja con la que mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público establecido a esos efectos en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado parte en el Espacio Económico Europeo y siempre que no se haya cancelado dicha inscripción, lo que deberá ser suficientemente acreditado. Las situaciones de matrimonio e inscripción como pareja registrada se considerarán, en todo caso, incompatibles entre sí.

¹⁶ STJCE 13/02/1985, asunto Diatta 267/83. F13: “se deduce que la obtención de la autorización de residencia está únicamente supeditada al requisito material del matrimonio pero no al requisito adicional de la vivienda común. En la vista, la Comisión fue todavía más lejos, estimando que ni el derecho de residencia de los miembros de la familia del trabajador migrante, ni su derecho a ejercer cualquier actividad por cuenta ajena en todo el territorio del Estado de acogida, desaparecen en caso de ruptura del vínculo familiar con posterioridad a la entrada en el referido territorio”. Y F20:

“procede añadir que el vínculo conyugal no puede considerarse disuelto hasta que lo declare así la autoridad competente. Ese no es el caso de los cónyuges que simplemente viven separados, incluso aunque tengan la intención de divorciarse ulteriormente”.

¹⁷ El TS anuló la expresión de separación legal (RD 240/2007 art. 2) en consonancia con lo estipulado en la Directiva 2004/38/CE y con la jurisprudencia del TJUE que desde el año 1985 viene afirmando que la separación legal no rompe el vínculo familiar (STS Contencioso-Administrativo 01/06/2010).

Ahora bien, la gran diferencia se encuentra en el caso de parejas de hecho no inscritas en ningún registro público.

En la L.O. 4/2000 y en el R.D. 557/2011, requiere un periodo de residencia previo que acredite la vigencia de una relación no registrada, constituida con carácter previo al inicio de la residencia del reagrupante en España. A dichos efectos, sin perjuicio de la posible utilización de cualquier medio de prueba admitido en Derecho, tendrán prevalencia los documentos emitidos por una autoridad pública.

Es decir, la norma no imposibilita la reagrupación de las parejas no inscritas, pero requiere residencia previa y restringe los medios de prueba en cuanto a su acreditación.

Sin embargo, en la normativa comunitaria, la pareja de hecho con la que mantenga una relación estable debidamente probada, rebaja los requisitos para realizar la reagrupación, debido a la creación del concepto “**familia extensa**”¹⁸, introducido mediante “otros familiares del ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo” del artículo 2.bis del RD 240/2007.

Para ello, la normativa aplicable señala dos presunciones *iuris tantum* alrededor de un concepto jurídico indeterminado. Esto es, se considerará que se trata de una pareja estable aquella que acredite la existencia de un vínculo duradero. En todo caso, se entenderá la existencia de este vínculo si se acredita un tiempo de convivencia marital de, al menos, un año continuado, salvo que tuvieran descendencia en común, en cuyo caso bastará la acreditación de convivencia estable debidamente probada.

La casuística que puede incluirse en el concepto de pareja estable son:

-Matrimonios sin inscribir: aun con la ausencia de inscripción del matrimonio válidamente celebrado, se entiende como prueba suficiente con la acreditación de una relación estable, siendo factores a tener en cuenta la descendencia en común y la

¹⁸ Artículo 3 de la Directiva 2004/38/CE, y confirmada por el RD 987/2015, insertando el artículo 2 bis del RD 240/2007.

antigüedad de la relación superior al año. En consecuencia, cumplido lo anterior no se les exigirá nada más que acreditar que se reúnan o acompañan y el certificado de matrimonio.

-Parejas de hecho no inscritas con hijos en común: en este caso, será suficiente con un certificado de convivencia conjunta (volante empadronamiento) y el certificado de nacimiento del menor.

-Parejas de hecho no inscritas sin hijos en común y sin convivencia marital superior a un año: este supuesto pierde credibilidad en cuanto a la acreditación de una relación estable, debiendo interpretar el concepto jurídico indeterminado de “vínculo duradero” de una manera extensible, es decir, serán necesarias abundantes pruebas y probar el caso concreto.

-Parejas estables que tengan vínculos anteriores sin disolver: Este tipo de casuística no es tan extraño como podría parecer, pues consiste en la no disolución de la relación anterior teniendo una nueva pareja. Por tanto, siempre que no se haya utilizado la anterior relación con fines fraudulentos, sigue siendo válido.¹⁹

La jurisprudencia del TJUE reconoce el alto margen de apreciación en cuanto a los factores que han de tenerse en cuenta para la obtención del permiso, sin olvidar la teleología protectora del derecho de familia, debiendo facilitar la entrada y residencia sujeto a los términos de dependencia económica o familiar.²⁰

En conclusión, la disminución de carga de la prueba de la existencia de la pareja estable no inscrita en la regulación comunitaria, así como de disposiciones más favorables hace que se tenga más en consideración el respeto a la vida privada, llegando a una cooperación por parte de los Estados Miembros de la UE de facilitar la

¹⁹ LEFEBVRE, El Derecho Memento Extranjería, P.p. 209. Año 2017. Ed. François.

²⁰ STJUE del 5 de septiembre de 2012 en “el asunto Rahman: “Dada la falta de normas más precisas en la Directiva 2004/38, así como el empleo de la expresión «de conformidad con su legislación nacional» en el artículo 3, apartado 2, de ésta, ha de señalarse que cada Estado miembro dispone de un amplio margen de apreciación en lo que respecta a la elección de los factores que han de tenerse en cuenta. No obstante, el Estado miembro de acogida debe velar por que su legislación contenga criterios que sean conformes con el sentido habitual del término «facilitará» y con los términos relativos a la dependencia empleados en el citado artículo 3, apartado 2, y que no priven a dicha disposición de su efecto útil”.

entrada y residencia del familiar de ciudadano comunitario, requiriendo un estudio pormenorizado de la situación personal del Interesado, debiendo fundamentar una eventual denegación. Todo ello sin olvidar el margen de apreciación que mantiene cada Estado miembro en orden a su legislación interna.

- c) A sus descendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio, o se haya cancelado la inscripción registral de pareja.

De nuevo, aparecen diferencias sensibles respecto a los descendientes reagrupables, pues en el RD 557/2011, será posible siempre y cuando el descendiente sea menor de dieciocho años en el momento de solicitar la autorización, además, en caso de hijos de uno solo de los cónyuges o miembros de la pareja se requerirá, que éste ejerza en solitario la patria potestad o que se le haya otorgado la custodia y estén efectivamente a su cargo.

Por otro lado, en el RD 240/2007, se amplían esas limitaciones, haciendo posible la reagrupación de descendientes menores de 21 años, o en caso de ser mayores de esa edad, se deberá acreditar que dicha persona se encuentra a cargo del familiar comunitario en su país de origen.

- d) A sus ascendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrad, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio, o se haya cancelado la inscripción registral de pareja.

Ahora bien, en este caso, parece que la normativa extracomunitaria, L.O. 4/2000 y RD 557/2011, restringen la limitación en cuanto a reagrupar a ascendientes, pues incluyen en su literalidad el concepto estar a cargo, siempre y cuando el ascendiente sea de primer grado, mayor de sesenta y cinco años, y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España (incapacitación).

La diferencia notable con la regulación comunitaria, es que ésta no requiere límite de edad para reagrupar al ascendiente, siempre y cuando se acredite que se encuentra a cargo en el país de procedencia.

1.3. CONCEPTO JURÍDICO “ESTAR A CARGO”

Este novedoso punto se postula como otra gran diferencia en cuanto a las regulación del derecho a reagrupar, establecido en el artículo 2.bis.1.a) y desarrollado en el punto 4 del mismo artículo del RD 240/2007:

- a) En el caso de familiares, se valorará el grado de dependencia financiera o física, el grado de parentesco con el ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, y, en su caso, la gravedad de la enfermedad o discapacidad que hace necesario su cuidado personal o el tiempo de convivencia previo.

En todo caso, se entenderá acreditada la convivencia cuando se demuestre fehacientemente una convivencia continuada de 24 meses en el país de procedencia.

Ahora bien, de la literalidad del precepto enunciado, se establece otro concepto jurídico indeterminado, “estar a cargo” en el país de origen, siendo desarrollado por la Jurisprudencia del Tribunal Europeo.

En cuanto al requisito de estar a cargo, es importante tener en cuenta la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con el concepto “estar a cargo”, en asuntos como C-316/85, Lebon (sentencia de 18 de junio de 1987) y C-1/05, Jia (sentenciade 9 de enero de 2007) , o la más reciente de 16 de enero de 2014 del asunto C-423/12, Reyes, donde ha establecido un criterio que trata de arrojar luz sobre este concepto jurídico indeterminado, entendiendo que un miembro de la familia está “a cargo” cuando su situación se caracteriza por el hecho de que el ciudadano de la Unión Europea o su cónyuge garantizan la tenencia y disponibilidad de recursos económicos suficientes para la subsistencia del miembro

de la familia, sin tenerse en cuenta las necesidades ocasionales o un apoyo material de carácter no regular.

Ahora bien, a falta de una regulación propia del concepto “estar a cargo, la Disposición Adicional Segunda del RD 240/2007 dice que en lo no previsto en este texto, se aplicará de manera supletoria la Ley Orgánica 4/2000, así como lo dispuesto en su desarrollo reglamentario. Por tanto, en el artículo 54 del RD 557/2011, se describen los medios económicos a acreditar por parte del familiar reagrupante.

Según el criterio de la Administración competente en resolver los expedientes de entrada y residencia de familiares de ciudadanos comunitarios, para enervar el concepto jurídico indeterminado de estar a cargo, ha de demostrarse lo siguiente:

1- Requisito económico

En primer lugar, a tenor de lo dispuesto en el artículo 7 del RD 240/2007, no podrá establecerse un importe fijo, sino que habrá de tenerse en cuenta la situación personal de los nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. En cualquier caso, dicho importe no superará el nivel de recursos por debajo del cual se concede asistencia social a los españoles o el importe de la pensión mínima de Seguridad Social.

En la praxis, este requisito suele ser enervado con la demostración de continuos y regulares envíos de dinero por parte del ciudadano comunitario al miembro de su familia.

2- Ausencia de unidad familiar independiente

Se trata de un elemento más a valorar en el análisis del concepto jurídico indeterminado “a cargo”. Bajo la diversa casuística anteriormente mencionada, es posible que se solicite una reagrupación familiar de más de un miembro de manera simultánea, de manera que esta circunstancia no puede suponer una presunción *iuris et de iure* de naturaleza incontestable y por ende no puede servir como único sustento de una denegación. Si esa hubiera sido la intención del legislador, como tal se hubiera

recogido en la normativa. No hay que olvidar que la legislación protege la familia en un sentido amplio y plural con el ánimo de que en ese concepto quepan todos los miembros de la unidad familiar que se acrediten como tal de forma que los Ciudadanos Europeos no vean sus derechos limitados por tener familia de origen extranjero.

Por lo tanto, la Administración resulta obligada a aplicar el criterio más objetivo posible en relación a la reiterada jurisprudencia del TJUE para así evitar caer en valoraciones discrecionales que se alejen de una interpretación ajustada a derecho del concepto “a cargo”.

3- Ausencia de otras Fuentes de subsistencia en el país de origen

Por ultimo, la Administración competente, en base a la Jurisprudencia del TJUE y TS, crea un último requisito un tanto perturbador para el Interesado, quien ha de demostrar que no tiene ningún familiar más en origen que pueda ayudarle, y por supuesto, ha de probar que no dispone de otras fuentes de subsistencia o recursos propios.

Esta exigencia suele provocar indefensión en la medida en que resulta de imposible cumplimiento y supone una prueba diabólica pues está dirigida a acreditar hechos que nunca han ocurrido, cuando lo correcto según el Estado de Derecho en el que vivimos es que la «carga de la prueba» corresponde a quien ha de probar la existencia de algo.

Una manera de superar este requisito es presentar a la autoridad competente un certificado del Instituto Nacional de la Seguridad Social u organismo equivalente en el país de origen que certifique que el familiar no se encuentra en situación activa de empleo, que tampoco ha sido demandante del mismo, y que su identificación no aparece en ningún registro similar, a fin de acreditar que se encuentra a cargo de su familiar comunitario. Así lo corrobora la STSJ de Madrid de 1 de junio de 2015:

“La dependencia no se acredita simplemente con presentar envíos de dinero (...), sino que se ha de probar también que los reagrupados carecen de cualquier ingreso o que estos son muy escasos, de forma que para que

los mismos puedan vivir necesitan de forma perentoria esos envíos, para lo cual se ha de probar la exacta situación económica, social y familiar de los dependientes”.

Lo anterior hace que la finalidad de facilitar la entrada y residencia a los familiares de ciudadano comunitario se difumine cuando menos, contraviniendo la teleología legislativa y jurisprudencia protectora en cuanto al derecho de tener una vida en familia, y más aún, perjudicando al derecho de libre circulación y residencia del ciudadano comunitario. Por ello, entra en juego el principio de valorar las circunstancias concurrentes de manera individualizada en todos los procedimientos administrativos, cumpliendo con el mandato constitucional del artículo 103 CE, sobre todo teniendo en cuenta el carácter prevalente del llamado Régimen Comunitario que, tal y como recoge la Disposición Final Cuarta del RD 240/2007 por tratarse de la normativa más favorable susceptible de aplicación a cualquier ciudadano extranjero en nuestro país, sin perjuicio de que posteriormente pueda analizarse cualquier otro tipo de régimen legal aplicable si este no fuera aplicable.

De acuerdo con la Jurisprudencia española más reciente en la material, los documentos que acrediten los requisitos anteriores son prueba irrefutable para tener por acreditado que los Interesados, viven “*a cargo*” del Ciudadano comunitario, en el sentido de dependencia económica permanente.²¹.

Ahora bien, no hay que olvidar que esta posibilidad de reagrupar a otros familiares es gracias al derecho que tiene el ciudadano comunitario respecto a su libre circulación y la residencia en su territorio, ha sido afirmado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea²², siendo cierto por otro lado, que la legislación nacional de cada Estado europeo facilitará la entrada de estos familiares según la teleología protectora del derecho a tener una vida en familia.

²¹ Sirvan de ejemplo la Sentencia del 18 de mayo de 2017 N° 137/2017 del JCA 12 de Barcelona (Descendiente mayor de 43 años) y la Sentencia de 14 de mayo de 2018 del TSJ de Cataluña No 400/2018.

²² Así en la STJUE de 8 de noviembre de 2012. caso Lida (c-40/11), el Tribunal subrayó que “el derecho de estos «otros miembros de la familia» nacionales de terceros países es, en todo caso, un derecho derivado del derecho del ciudadano de la Unión y «no un derecho autónomo de los nacionales de terceros países”.

Por tanto, es claro que la regulación comunitaria amplía el derecho a reagrupar a cualquier familiar sin límite de edad siempre y cuando se demuestren los requisitos anteriormente descritos, sin embargo es palpable que en ocasiones no es tan fácil como cita la literalidad de la norma, debiendo lidiar con criterios jurisprudenciales que eventualmente no comparten la teleología integradora que inspira la normativa de aplicación.

La finalidad de intentar arrojar claridad respecto a la aplicación de este concepto como medio legítimo para conseguir la reagrupación familiar, es la ampliación del abanico de posibilidades respecto a la normativa extracomunitaria, quien únicamente aplica este concepto para los familiares ascendientes mayores de 65 años, quedando el resto bajo lo dispuesto en el artículo 54 del RD 557/2011, donde más tarde se entrará.

1.4. ENTRADA Y RESIDENCIA EN ESPAÑA

Los miembros de la familia de un ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo especificados en el artículo 2 del RD 240/2007, que no ostenten la nacionalidad de uno de dichos Estados, cuando le acompañen o se reúnan con él, podrán residir en España por un período superior a tres meses, estando sujetos a la obligación de solicitar y obtener una «tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, siempre y cuando no sean nacionales de terceros países no exentos de expedición de Visado según lo expuesto en el Reglamento ya citado.

La solicitud de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión deberá presentarse en el plazo de tres meses desde la fecha de entrada en España, ante la Oficina de Extranjeros de la provincia donde el interesado pretenda permanecer o fijar su residencia o, en su defecto, ante la Comisaría de Policía correspondiente.

La tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión tendrá una validez de cinco años a partir de la fecha de su expedición, o por el período previsto de residencia del ciudadano de la Unión o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, si dicho periodo fuera inferior a cinco años.

Además, una vez que el familiar reagrupado ha regularizado su situación administrativa, tiene el derecho adquirido como residente legal en España, y aunque la causa de esa consecución desaparezca, regulado en el artículo 9 del RD 240/2007 (fallecimiento, desaparición del vínculo, circunstancias excepcionales), no es impedimento para el mantenimiento del derecho de residencia siempre y cuando puedan demostrar que su permanencia en España no va a significar una carga para el estado del bienestar.

Por último, a efectos de consolidar la residencia del familiar reagrupado, a los 5 años de residencia legal y continua en España, el familiar de ciudadano comunitario puede solicitar la expedición de la tarjeta de residencia permanente, en este caso sin tener que acreditar las condiciones que demostraban que no se iba a convertir en una carga económica para el Estado.

Por tanto, tal y como sucede en la L.O. 4/2000 y en su RD 557/2011, el familiar reagrupado residente legal en España, adquiere el derecho a reagrupar a otro familiar dentro de los límites establecidos en la normativa de aplicación, variando ésta en función de la nacionalidad que mantenga el Interesado/Reagrupante.

En conclusión a este apartado, es evidente que la regulación comunitaria otorga aspectos más favorables en cuanto a la reagrupación familiar, pues el ejercicio de ese derecho tiene un carácter provisional, es decir, el familiar puede reagruparse con el ciudadano comunitario sin sufrir demasiadas trabas burocráticas, validando su residencia en España ante una única autoridad, siempre y cuando su entrada en el país no requiera de obtención de Visado. Además puede hacerlo de manera simultánea con su familiar comunitario, y tras ello, acreditar su derecho mediante el cumplimiento de las condiciones expuestas en la normativa, debiendo éstas ser interpretadas conforme a la singularidad del caso concreto y mediante la libertad de prueba. Por otro lado, en cuanto a los familiares reagrupables, esta normativa no restringe la reagrupación según la edad y además, amplía el número de familiares mediante la regulación del concepto “familia extensa” y la acreditación de la circunstancia “estar a cargo”, debiendo ser interpretados de manera favorable, incluyendo la minoración de requisitos económicos.

V. DICTAMEN

1. PLANTEAMIENTO

En primer lugar es necesario precisar la finalidad que persigue la normativa de aplicación al caso concreto, pues se trata de una materia relativamente novedosa con cierto desconocimiento práctico en la esfera del Derecho.

Es decir, el campo del Derecho de Extranjería no suele ser tan mediático y llamativo como pueden ser otros ámbitos, sin embargo es preciso hacer un análisis de la normativa de aplicación para en consecuencia entender mejor el derecho que tiene un ciudadano extranjero residente legal en España de reagrupar a un familiar.

Si analizamos la Ley 4/2000, en su artículo 2. Ter, encontramos la teleología integradora que protege la norma en relación a la residencia de la persona extranjera en España, promoviendo su participación económica, social, cultural y política de las personas inmigrantes, así como procurando, mediante acciones formativas, el conocimiento y respeto de los valores constitucionales y estatutarios de España, de los valores de la Unión Europea, así como de los derechos humanos, las libertades públicas, la democracia, la tolerancia y la igualdad entre mujeres y hombres, entre otras.

Entrando en la autorización que se pretende, hay que tener en cuenta la conexión entre lo dispuesto en la normativa con la interpretación que realizan los tribunales al respecto, poniendo en práctica lo establecido en ella mediante una interpretación finalista, siendo el sentido general del fallo la aplicación de la regla general de concesión de la autorización por reagrupación familiar, quedando como una interpretación estricta la denegación, restringiendo así el margen de apreciación de los estados respecto, lo que supone para la Administración la carga de justificar los hechos y razones de la excepción.

Tal y como se ha explicado en los antecedentes del caso, se trata de una ciudadana nacional marroquí residente en España mediante la titularidad de una autorización de

residencia de larga duración, que pretende reagrupar a su cónyuge nacional marroquí residente en Marruecos mediante la tramitación de este tipo de permiso.

Para conocer mejor la historia, es necesario el relato fáctico de ambas personas ordenado de manera cronológica para después entender su cauce procedimental.

El cónyuge de la persona reagrupante, residía en su país de origen, Marruecos, hasta que decide entrar en el espacio Schengen mediante la entrada por Francia en el año 2011. Más tarde, decide venir a España, donde conoce a la Interesada y futura reagrupante en abril de 2016. Ambos proceden de la misma ciudad de origen y la complicidad es evidente, continúa la relación, y tras varios meses de noviazgo, deciden contraer matrimonio en octubre de 2016 en el Consulado de Marruecos en España bajo la Ley personal de ambos. Este dato es importante a efectos de analizar la competencia que mantienen las autoridades competentes.

Tras la celebración, residen un tiempo en una vivienda adecuada disponible de la Interesada, circunstancia acreditada por la autoridad competente (Oficina de Extranjeros). Sin embargo, ante la situación de administrativa irregular que se encontraba el futuro reagrupado, éste decide volver a su país de origen en febrero de 2017 para comenzar con el procedimiento de reagrupación familiar, sin que pese sobre él ninguna prohibición de entrada, y manteniendo la relación afectiva inherente al matrimonio.

En consecuencia, es conveniente explicar el procedimiento aplicable, y tras saber su funcionamiento, aplicarlo al caso concreto mediante un análisis jurídico en cuanto al fundamento jurídico de sendas resoluciones del procedimiento administrativo.

Por tanto, tal y como se ha expuesto, el procedimiento se divide en dos fases:

2. TRAMITACION AUTORIZACION DE RESIDENCIA EN ESPAÑA

Para comenzar con la tramitación de este procedimiento, es preciso hacer un análisis previo de las condiciones y requisitos básicos para comenzar a tramitar este tipo de autorización, siendo los siguientes, siempre en concordancia con la documentación aportada.

- No ser ciudadano de un Estado de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza.

- Tener medios económicos suficientes para atender las necesidades de la familia. (se postula como el requisito más importante).

- Tener asistencia sanitaria por estar cubierta por la Seguridad Social del Reagrupante o contar con un seguro privado de enfermedad.

- No padecer ninguna de las enfermedades que pueden tener repercusiones de salud pública graves de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento Sanitario Internacional de 2005²³.

- Haber abonado la tasa por tramitación del procedimiento.

Además, la normativa exige la cumplimentación de lo siguiente:

La Interessada cumple con el requisito de encontrarse en renovación de su autorización de residencia inicial, pues actualmente es titular de un permiso de residencia de larga duración, cuya naturaleza jerárquica es superior, por lo que cumple con el primer requisito establecido por la Ley General de Extranjería y el RD 557/2011 (arts. 18 y 56, respectivamente).

En cuanto al familiar reagrupado, la normativa hace una prevalencia del vínculo que mantienen, estando en primera posición el cónyuge, siempre y cuando no se encuentre separado de hecho o derecho, y que el matrimonio no se haya celebrado en

²³ El Reglamento Sanitario Internacional (2005) («RSI (2005)» o «el Reglamento») es el instrumento jurídico internacional concebido para ayudar a proteger a todos los Estados contra la propagación internacional de enfermedades. El RSI (2005) entró en vigor el 15 de junio de 2007, y en la actualidad es jurídicamente vinculante para 194 Estados Partes en todo el mundo (incluidos todos los Estados Miembros de la OMS).

fraude de ley. Circunstancia ésta objeto del principal conflicto jurídico dimanante del procedimiento administrativo, cobijando la acusación de matrimonio de conveniencia mediante una entrevista que realizaron los funcionarios encargados a raíz de la celebración de matrimonio de los Interesados en el Consulado de Marruecos en España. A lo anterior, se aporta certificado de matrimonio como prueba del parentesco que legitima la solicitud de la autorización.

En este punto es conveniente mencionar la diferencia notable respecto a la regulación comunitaria, pues bajo la Ley 4/2000 y su desarrollo reglamentario, únicamente se permite reagrupar a los parientes con vínculo más cercano (Art. 53 RD 557/2011), no permitiendo la opción de reagrupar a la denominada familiar extensa (cualquier familiar que se encuentre a cargo en origen, o sufra enfermedad grave), y limitando los medios de prueba a las parejas de hecho no inscritas, quienes deberán demostrar convivencia previa a la residencia del familiar reagrupante, impidiendo la entrada simultánea de ambos, en contraposición a la normativa comunitaria, quien menciona dos presunciones *iuris tantum* a favor de la reagrupación (demostración de vínculo duradero a través de 1 año de convivencia o descendencia en común), además de permitir entrada simultánea y mayor facilidad administrativa para conseguir la residencia legal en España, con efectos de libre circulación como su familiar comunitario.

Entrando en otro conflicto jurídico sustantivo del procedimiento, y quizás el requisito más estricto a cumplimentar para la obtención de la autorización, es la acreditación de los medios económicos del extranjero residente en España en favor de su familiar reagrupable. La finalidad de este requisito imprescindible es evitar que la estancia y residencia del familiar del extranjero no se convierta en una carga para el Estado del Bienestar, teniendo que pasar por un doble filtro de verificación, primero en la Oficina de Extranjeros del lugar de residencia del Reagrupante, y tras la concesión, en su caso, obtener el Visado correspondiente expedido por la Autoridad competente del lugar cuya nacionalidad ostente el familiar reagrupado.

Hay que tener en cuenta, que los medios económicos han de ser bastantes para atender las necesidades de la familia, incluyendo la asistencia sanitaria en el supuesto de no estar cubierta por el sistema de protección público (Seguridad Social). Para su cálculo, la normativa de aplicación exige acreditar una cantidad que represente

mensualmente el 150% del IPREM, siempre y cuando la unidad familiar sea de dos miembros, tal y como sucede.

Lo anterior no es suficiente, sino que se debe acreditar, por un lado, la continuidad de esos medios económicos durante al menos, un año posterior a la presentación de la solicitud, teniendo en cuenta la evolución de la fuente de ingresos durante los seis meses previos a la presentación.

En este punto es importante reseñar que la facultad que mantiene la Oficina de Extranjeros competente de denegar la autorización solicitada, se configura como una regla excepcional, pues en la propia normativa de aplicación se expone que únicamente no se concederá la autorización si se determina de manera indubitada que no existe una perspectiva de mantenimiento de los medios económicos. Tal afirmación no se desprenden de una interpretación teleológica de la normativa, sino que encuentra refrendo jurídico en la Decisión del TJUE de fecha 21 de abril de 2016, en el Asunto C-558/2014, punto 46, donde dice:

“Esta disposición sólo exige al Reagrupante, para poder obtener dicho permiso de residencia a efectos de la reagrupación familiar, que sea previsible que pueda mantener sus recursos”.

Por tanto, parece que la instancia judicial jerárquicamente superior del ordenamiento jurídico pretende darle un toque de ambigüedad a la cumplimentación del requisito respecto a la previsibilidad objetiva del mantenimiento de dichos recursos económicos.

Explicado el requisito de los medios económicos, el siguiente paso es analizar su adecuación a las circunstancias de la Interesada.

Ésta cuenta con un contrato laboral de carácter indefinido y a jornada completa, cuya retribución supera el mínimo establecido por la Ley (IPREM 537,84€, 150% IPREM = 806,76). Además, cuenta con las once nóminas previas a la presentación de la solicitud, con una cuantía media de 883,63€/mes (870,00/mes si sólo se contabiliza los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación). Por tanto, es claro que

cumple con la demostración de medios económicos suficientes para reagrupar a su cónyuge.

Otra exigencia que marca el ordenamiento jurídico es la acreditación, en los términos que se establezcan reglamentariamente, de que la Reagrupante dispone de vivienda adecuada para la residencia suya y de su cónyuge. Para ello, es necesario obtener un informe emitido por la Comunidad Autónoma o en caso de subdelegación por parte de la Secretaría de Inmigración, por la Corporación Local del lugar de residencia de la Interesada, consistente en la verificación de un lugar habitacional digno para atender sus necesidades y las de su familia. A título de comentario, en algunas ciudades el organismo competente es la Casa de las Culturas, ente dependiente del Ayuntamiento correspondiente.

Dicho informe consiste en la descripción del título de vivienda que dispone la Interesada, con identificando el número de habitaciones y el uso que se destina a cada una de ellas, así como el número de personas que habitan, y por supuesto, las condiciones de habitabilidad y equipamiento (agua, gas, electricidad, condiciones higiénicas adecuadas, ventilación e iluminación).

Una vez realizado, la Comunidad Autónoma o la Corporación Local correspondiente deberá emitir el informe y notificarlo al Interesado en el plazo máximo de treinta días desde la solicitud, debiendo notificar al organismo competente de la resolución de la autorización solicitada, la Oficina de Extranjeros.

Volviendo al caso expuesto, la Interesada cuenta con el informe de vivienda adecuada favorable expedido por el Ayuntamiento de la localidad de su residencia, emitido y notificado en plazo a la Oficina de Extranjeros. Por tanto, se trata del primer requisito no rechazado por el organismo competente, siendo evidente su cumplimentación.

A tenor de los documentos presentados y lo dispuesto en la normativa de aplicación, la Oficina de Extranjeros del lugar de residencia de la Reagrupante resuelve lo siguiente:

Decide denegar la autorización de residencia solicitada argumentando tal sentido mediante la insuficiencia de medios económicos, exponiendo que de forma

indubitada no existen medios económicos para la subsistencia de la unidad familiar que forman la Reagrupante y su marido por un periodo de un año.

Por tanto, ante lo dispuesto en la normativa de aplicación, y los documentos adjuntos en la solicitud oficial, la Interesada decide interponer recurso de reposición contra dicha resolución, al amparo de los artículos 123 y 124 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, ante la Oficina de Extranjeros del lugar de residencia de la Reagrupante, argumentando lo siguiente:

1. Menoscabo de los artículos 24 y 103 de la CE

La Interesada considera que existe una falta de claridad en la motivación de la resolución denegatoria, exponiendo que el fundamento de la misma sea la valoración que la Administración realiza al amparo del artículo 54 del RD 557/2011, para concluir que de forma indubitada no existen medios económicos para la subsistencia de la unidad familiar que forman la Reagrupante y su marido por un periodo de un año.

Considera que afirmar que no cuenta con medios económicos suficientes sin entrar a valorar el Contrato de carácter indefinido que tiene la Interesada desde hace 10 meses y el anterior, con un total de 11 nóminas aportadas al expediente con la cuantía media ya citada en los hechos descritos, hace que menoscabe los derechos de la Interesada en cuanto a la motivación de la denegación²⁴, pues con la existencia de un baremo objetivo de valoración económica, hace que la no concesión de lo solicitado se manifieste en una resolución, cuanto menos, poco ajustada a Derecho, habida cuenta de la problemática incertidumbre que existía anteriormente.

Por tanto, se llega a la conclusión en este punto de que no se han tenido en cuenta las circunstancias personales de las solicitante, no se ha valorado la vasta documentación presentada ante la misma Oficina de Extranjeros en cuanto a su situación/actividad profesional/laboral, menoscabando en consecuencia, el mandato imperativo, que

²⁴ Art 20.2 L.O. 4/2000: “Los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería respetarán en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, especialmente en lo relativo a publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones.”

desde el artículo 103 de la misma Carta Magna se hace a la Administración para valorar las circunstancias concurrentes en cada caso, a fin de alcanzar una solución justa, pues, como ejecutora de los fines del Estado, está obligada indeclinablemente a apreciar situaciones, lo que fundamenta la procedencia de este recurso.

Por tanto, la lenta tramitación de este procedimiento acarrea unas consecuencias nefastas para esta joven familia y por tanto, en el presente caso, la motivación no es solo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos (STC 26/1981, de 17 de julio, fJ 14; doctrina reiterada, por todas, en las SSTC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 12, y 17/2009, de 26 de enero, FJ 2), cuando se ha vulnerado además del artículo 24 CE, en concreto su apartado 1, al no ponderar las circunstancias personales puestas de manifiesto en la tramitación del expediente.

No óbice de lo anterior, la aplicación del Derecho invocado encuentra consolidación en los diversos pronunciamientos judiciales de su instancia competente por antonomasia, entre ellos, la ya citada Decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de abril de 2016 en el Asunto C-558/2014, en relación con una decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y las distintas sentencias que en ella se fundamentan, entre otras las del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía del 27 de mayo de 2016 que se pronuncia en el siguiente sentido:

“La autorización de la reagrupación es la regla general y la facultad de denegación prevista por el artículo 7.1 c) de la Directiva, la excepción, de interpretación estricta, sin que el margen de apreciación concedido a los estados pueda ir en menoscabo del objetivo de la directiva. Lo que supone para la Administración la carga de justificar los hechos y razones de la excepción.

El objetivo general de la directiva es facilitar la integración de los nacionales de terceros países en los estados miembros, permitiéndoles llevar una vida familiar. Y, en todo caso, el artículo 7.1 c) no puede aplicarse de forma que vulneren derechos fundamentales, en particular en el artículo 7 de la Carta (respeto de la vida privada y familiar). Lo que obliga a examinar las solicitudes de modo favorable a la vida familiar.

Y aunque el artículo 7.1 c) de la Directiva permite que los estados hagan una valoración prospectiva acerca de los ingresos previsibles en el ejercicio siguiente, de modo que la reagrupación no se convierta en una carga para el sistema de asistencia social, el principio de proporcionalidad impone que los medios utilizados por la norma nacional de transposición sean adecuados al logro de los objetivos sin ir más lejos.”

Lo expuesto anteriormente viene a decir que la Administración tiene la potestad de valorar los medios económicos pero siempre en el marco establecido en el mismo Art. 54 del RD 557/2011 y en los parámetros objetivos en él detallados.

Ante lo dispuesto en la normativa de aplicación y las sendas resoluciones judiciales, la Interesada considera que queda acreditada que la evolución de los medios económicos desde hace 1 año es más que favorable para la autorización solicitado y que el Reagrupado no va a convertirse en una carga para nuestro Estado.

Por tanto, a consecuencia de todo lo anterior, el organismo competente concede la autorización de residencia temporal por reagrupación familiar por estimación del recurso de reposición interpuesto con posterioridad, estando condicionada a la concesión del pertinente visado y a la posterior entrada en España de su titular.

3. TRAMITACIÓN VISADO EN MARRUECOS

Tal y como recoge la normativa general de extranjería (L.O. 4/2000 y RD 557/2011), la obtención de Visado es condición indispensable para validar la concesión obtenida previamente, teniendo un plazo dos meses desde la notificación al Reagrupante de la concesión de la autorización, el familiar que vaya a ser reagrupado deberá, en su caso, solicitar personalmente el visado en la misión diplomática u oficina consular en cuya demarcación resida. Desde la solicitud a la notificación de la concesión de Visado, la norma otorga un plazo de dos meses al familiar reagrupado para realizar la efectiva entrada en España. Tras ello, en un mes deberá solicitar personalmente la Tarjeta de Identidad de Extranjero.

La obligatoriedad de su obtención se debe a que Marruecos no disfruta de una exención en cuanto a la obligación de expedición a sus nacionales para la entrada en España²⁵. El visado se solicitará y expedirá en las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares de España.

También, deberá presentar los documentos que se determinen reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia, y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios. En este punto es importante aclarar que la expedición de Visado supone una doble barrera de verificación de los requisitos a cumplimentar por parte de ambos Interesados, de manera que las autoridades españolas en Marruecos tienen la facultad de denegar el Visado en caso de detectar cualquier irregularidad en el contenido de los siguientes documentos:

- a) Pasaporte ordinario o título de viaje, reconocido como válido en España, con una vigencia mínima de cuatro meses.
- b) En caso de que el solicitante sea mayor de edad, certificado de antecedentes penales o documento equivalente, expedido por las autoridades del país de origen o del país o países en que haya residido durante los últimos cinco años y en el que no deben constar condenas por delitos previstos en el ordenamiento español.
- c) Documentación original que acredite los vínculos familiares o de parentesco o de la existencia de la unión de hecho y, en su caso, la edad y la dependencia legal.
- d) Certificado médico con el fin de acreditar que no padece ninguna de las enfermedades que pueden tener repercusiones de salud pública graves de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento Sanitario Internacional de 2005.

Asimismo como indica el apartado 3 de la disposición adicional décima del RD 557/2011, la misión diplomática u oficina consular ante la que se presente la solicitud de visado, si mediara una causa que lo justifique, además de la documentación que sea preceptiva, podrá requerir los informes que resulten necesarios para resolver dicha solicitud, y el apartado 4 de la disposición adicional décima del RD, hace

²⁵ Según lo expuesto en el Anexo I del Reglamento (UE) 2018/1806 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018 por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación

referencia que durante el trámite del visado, la misión diplomática u oficina consular podrá requerir la comparecencia del solicitante y, cuando se estime necesario, mantener una entrevista personal para comprobar su identidad, la validez de la documentación aportada y la veracidad del motivo de solicitud del visado.

Por tanto, explicado el procedimiento de obtención de Visado, documentación a aportar y competencias del Consulado General de España en el extranjero, el trabajo vuelve el *iter* procedimental del caso expuesto, a fin de reflejar claridad en el funcionamiento del procedimiento aplicable.

Tras la concesión por la Oficina de Extranjeros de España de la autorización de residencia temporal por reagrupación familiar a favor del cónyuge de la residente legal en España, los Interesados aportan todos los documentos que exige la normativa para obtener el Visado correspondiente.

Sin embargo, la solicitud de Visado fue denegada por los siguientes motivos:

-Insuficiencia en la contribución al sostenimiento familiar; según lo argumentado por el Consulado General de España en Agadir, Marruecos, el esposo de la Interesada no depende económicamente de ella y tiene sus propios recursos para subsistir, pues aparece dado de alta en el país de origen como persona en situación activa de empleo.

-Que no se conocían antes del matrimonio; la autoridad competente concluye que los Interesados únicamente habían tomado un café con anterioridad a la celebración del matrimonio en el Consulado del Reino de Marruecos en Tarragona, siendo que tal hecho es ilegal pues la situación de irregularidad administrativa del esposo no le permitía contraer matrimonio según la ley personal española.

-En consecuencia, acusa a los Interesados de matrimonio de conveniencia; tras la entrevista celebrada, los encargados de la Autoridad competente consideran que tienen indicios suficientes para tachar de matrimonio en fraude consentido con el fin exclusivo de entrar y permanecer en España, eludiendo las normas de entrada y residencia e extranjeros.

Pues bien, es claro que la Administración competente hace uso de su facultad de realizar una entrevista personal amparada por la disposición adicional décima del RD 557/2011, sin embargo, dada las graves acusaciones concurrentes, entra de pleno en acción la normativa reguladora de los matrimonio blancos o de conveniencia, que más tarde se detallará.

Sin otra opción para los Interesados, deciden interponer recurso de reposición siguiendo con las formalidades que expresa los artículos 123 y 124 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, con el objetivo de contraatacar las graves e incluso infundadas acusaciones, tal y como se fundamentará a continuación.

En primer lugar, el Consulado, es su facultad de doble proceso de verificación, subraya los medios económicos en referencia a “la contribución al sostenimiento familiar”. En este punto, hay que recordar que en el procedimiento administrativo en España, tras el correspondiente recurso de reposición, se logró la concesión del permiso solicitado tras la aportación de documentación acreditativa de medios económicos. Sin embargo, el Consulado, según razonamiento nada ajustado a la normativa, parece exigir que el esposo de la Interesado se encuentre “a cargo” de ésta en el país de origen, inventando un requisito regulado en la normativa comunitaria de reagrupación familiar, por lo que es palmario su abuso de poder, rozando la ilegalidad en cuanto a la invención de requisitos expuestos en la normativa y en consecuencia, ausencia de la obligación de motivar todas la resoluciones administrativas en el ámbito del derecho de extranjería, según art. 20.2 de la Ley aplicable.

En segundo lugar, la Administración competente concluye que los Interesados no se conocían antes del matrimonio, pues nada más conocerse se casan al poco tiempo, y el marido de la residente legal marcha a su país de origen.

En este punto, la jurisprudencia española, ante la presunción de falta de convivencia previa, enfoca esta cuestión desde la perspectiva de los elementos que pueden configurar un matrimonio de complacencia; ello es debido a la idea de “matrimonio bajo sospecha” que inspira el precepto. Sin embargo, los tribunales toman en consideración otros valores inspirándose, como no puede ser de otro modo, en el

principio fundamental del derecho a vida en familia: “la reagrupación familiar, como derecho subjetivo que es, sólo puede desconocerse sobre la base de sólidas razones pues es un derecho subjetivo de la mayor trascendencia”.²⁶

Ciertamente la dificultad estriba en la prueba de la falta de convivencia tratándose de cónyuges que ya viven separados y en países distintos. Por eso, en la búsqueda de elementos que señalen tal ausencia, los tribunales recurren al auxilio de otros criterios, como tendremos ocasión de constatar en el siguiente epígrafe.²⁷

Por otro lado, y centrándonos en la acusación más grave de todas, como ya sea dicho, es la celebración del matrimonio como nula por la incompatibilidad que supone estar en situación irregular administrativa, y que, además, se trata de un matrimonio fraudulento cuyo único objetivo es conseguir una autorización de residencia.

4. ESPECIAL MENCION A LA REGULACION DEL MATRIMONIO DE CONVENIENCIA

En consecuencia, es inherente la concurrencia de legislación regulatoria del matrimonio de conveniencia, no sin antes olvidar mencionar que los extranjeros gozan en España de los mismos derechos civiles que los españoles, sin importar la nacionalidad ni la condición sexual debido a la prevalencia de los derechos civiles inherentes a la persona en comparación a la obtención de autorizaciones administrativas. Así se encuentra recogido en el sistema jurídico, desde el reconocimiento en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 16), Constitución Española (art. 32), Código Civil (art. 27), entre otros.

Por otro lado, el artículo 9 del C.C., dice que la ley personal de los contrayentes determinará el estado civil, además registrará los efectos del matrimonio, siempre y cuando mantengan la misma nacionalidad al tiempo de celebrar el mismo. En este

²⁶ STSJ Madrid, de 23 septiembre 2002, FJ 3. Y, en idéntico sentido, STSJ Madrid, de 6 mayo 2003, FJ 3; y STSJ Madrid, de 16 junio 2003, FJ 2.

²⁷ STSJ Madrid, de 16 junio 2003; STSJ Madrid, de 24 julio, FJ 3 *in fine*; y STSJ Madrid, de 23 septiembre 2002.

caso, es evidente que se aplicará la legislación civil interna marroquí, sin embargo, a efectos de inscribir tal matrimonio en el Registro público español, surgirán incoherencias en cuanto a la legislación aplicable.

En cuanto a lo primero, para llegar a la conclusión de que un matrimonio ha sido celebrado en fraude de ley, las autoridades competentes han ajustarse a la legislación básica que regula el matrimonio. El Código Civil, en los artículos 45 y 73.1, dice que el matrimonio simulado o de complacencia es nulo de pleno derecho, debiendo ponderar todos los elementos puestos en juicio sin que queda elevar a elemento decisivo la existencia de determinados indicios y/o omitir otras circunstancias o datos.

Según la Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas 97/C382/01, de 4 de diciembre de 1997, se entiende por matrimonio fraudulento el matrimonio de un nacional de un Estado miembro o de un nacional de un tercer país que resida regularmente en un Estado miembro, con un nacional de un tercer país, con el fin exclusivo de eludir normas relativas a la entrada y residencia de nacionales de terceros países y obtener para el nacional de un tercer país un permiso de residencia o autorización de residencia en un Estado miembro.

Lo anterior fue el origen de La Comunicación de 25 de noviembre de 2013 de la Comisión al Parlamento Europeo en relación con la elaboración de un Manual relativo a cuestiones de matrimonios de complacencia. Dicho Manual viene referido en la Comunicación de 26 de septiembre de 2014 de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo que recoge sus directrices principales y una lectura atenta de la misma nos detalla la notoria insuficiencia de la entrevista como único indicio de fraude ya que se refiere a la necesidad de realizar labores de investigación basadas en la existencia de indicios de posibles abusos que son definidos en dicha Comunicación como aquella "conducta artificial que se comete solamente con objeto de obtener el derecho de libre circulación y residencia conforme a la legislación de la UE que, aunque formalmente cumple las condiciones establecidas en la normativa de la UE, no corresponde a la finalidad de dichas normas".

Por tanto, analizando los elementos para establecer la existencia de la simulación matrimonial en base a los criterios adoptados por la Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas, de 4 diciembre 1997, sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos (DOCE C 382 de 16 de diciembre de 1997) y por los criterios muy elaborados de la Dirección General de los Registro y del Notariado, (en adelante DGRN), que tiene en cuenta la Resolución del Consejo de 4 de diciembre de 1997 sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos, pues es sabido que a la hora de establecer la posible simulación del consentimiento en la celebración de un matrimonio se han de ponderar todos los elementos.

Este es el escenario que se abre, en el caso concreto, pues la celebración previa del matrimonio bajo la ley personal de los Interesados hace obvia la carencia de competencia que mantienen las autoridades consulares españolas para controlar el acto jurídico fraudulento en el momento de la celebración del matrimonio, siendo el margen de maniobra de naturaleza preventiva en un momento posterior. Es decir, es evidente que la validez del matrimonio es independiente a la facultad que mantienen las autoridades, quienes únicamente están legitimadas para reconocer o no el mismo a efectos de la reagrupación familiar. Por tanto, la esencia facultativa de control reside en la valoración de los medios de prueba que acrediten la existencia del matrimonio.

Siendo la prueba del matrimonio principalmente de carácter documental, habrán de ser aceptados los documentos constituidos al amparo del ordenamiento extranjero del que sea nacional el solicitante o, en su caso, del país donde se hubiere celebrado el matrimonio. La eficacia probatoria extrínseca de tales documentos (existencia y veracidad) está supeditada a su autenticidad e incorporación de la legalización o apostilla, así como su traducción .

Por tanto, volviendo al caso expuesto, como ya se dijo se aportó certificado de matrimonio ante el Consulado General de España en Marruecos, cumpliendo con las formalidades exigidas de traducción y legalización²⁸, de manera que las autoridades

²⁸ Entra en aplicación el art. 90 del Reglamento de Registro Civil, pues como Marruecos no forma parte de la exención de este tipo de formalidades debido a su ausencia en el Convenio de la Haya, será

consulares españolas solo podían ejercer el control de la legalidad bajo el amparo de lo establecido en la norma, es decir, bajo presunciones fundadas.

La prueba de la simulación en este expediente consular sólo es posible por la vía de las presunciones que constituyen, en defecto de pruebas directas, el mecanismo legal que permitirá deducir si el enlace en cuestión se celebró o con la finalidad de fundar y formar una familia sino en claro fraude de ley para beneficiarse indebidamente de un permiso de residencia.

Los datos personales básicos, según la Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas, de 4 diciembre 1997, son los relativos a la fecha y lugar de nacimiento, domicilio, profesión, aficiones relevantes, hábitos notorios, y nacionalidad del otro contrayente, anteriores matrimonios, número y datos básicos de identidad de los familiares más próximos de uno y otro (hijos no comunes, padres, hermanos), así como las circunstancias de hecho en que se conocieron los contrayentes.

Al solicitante se le cuestionó por la familia de su esposa y contestó que tenía tres hermanos. Uno casado y residente en Zaragoza, otra casada y residente en Soria, y otro menor conviviendo con sus padres. Dijo que su esposa trabajaba como servicio doméstico de una señora mayor de clase alta, residente en Calatayud (Zaragoza), con un salario de unos 900€/mensuales. Manifestó que la Interessada fue reagrupada por su padre en el año 2007. Manifestó que a su Esposa le gusta viajar, maquillarse y comprarse ropa, ver películas y documentales, la comida española (tapas, paellas,...). Preguntado por el carácter de su esposa, manifestó que ella es muy independiente y que no le gusta que le digan lo que tiene que hacer. Preguntado por cómo se conocieron, manifestó que a través de un amigo en común de la familia.

Todos estos datos, contenidos en el Acta de la primera entrevista mantenida con el Interessado el 26/02/2018 han sido omitidos de la Resolución Recurrida y no han sido tenidos en consideración, siendo su gran trascendencia innegable. Además, cabe recordar aquí la existencia de pruebas de su relación aportadas al Expediente

el Consulado español, en el país que extiende el documento, o el Consulado del país que extiende el documento en España, quien deberá practicar la legalización del documento a efectos registrales.

(fotografías, conversaciones, etc..) así como de una segunda entrevista con ambos cónyuges en el Consulado cuyo contenido solo conocemos por el testimonio de los asistentes.

De igual modo, siguiendo los criterios de la DGRN, que tienen en cuenta la Resolución del Consejo de 4 de diciembre de 1997 sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos, se ha de señalar que los datos o hechos relativos al matrimonio que no afectan al conocimiento personal mutuo de los contrayentes, ni a la existencia de relaciones previas entre los contrayentes, no son relevantes para inferir de los mismos, aisladamente, la existencia de un matrimonio simulado.

Entre los hechos por sí solos no relevantes para alcanzar que se trata de un matrimonio simulado, se encuentra precisamente el hecho de que solo uno de los cónyuges sea residente legal en España o que los contrayentes no convivan juntos o, incluso, que nunca hayan convivido juntos cuando existan circunstancias que lo impidan, como la imposibilidad de viajar por razones legales o económicas, según lo dispuesto en la Instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006 sobre matrimonios de complacencia.

Se concluye que la omisión de datos y documentos de máxima relevancia, la falta de claridad en la motivación de la resolución denegatoria al amparo del artículo 57.3.b del RD 557/2011 tal y como se ha desgranado, no pueden servir de base a la Administración para concluir que de forma indubitada no existe tal relación y que se trata de una simulación en fraude de Ley con el solo objeto de conseguir un permiso de residencia.

Con la Resolución objeto de Recurso, no se ha tenido en cuenta el mandato imperativo, que desde el artículo 103 de la Constitución Española se hace a la Administración para valorar las circunstancias concurrentes en cada caso, a fin de alcanzar a una solución justa, pues, como ejecutora de los fines del Estado, está obligada indeclinablemente a apreciar situaciones singulares, lo que fundamenta la procedencia de este recurso.

5. INSCRIPCION DEL MATRIMONIO EN EL REGISTRO CIVIL ESPAÑOL

Para llegar a analizar la cuestión anterior desde una perspectiva más amplia y en orden a completar el círculo que cierra la legalidad plena de un matrimonio extranjero, para los plenos efectos de este negocio jurídico, es preceptivo su inscripción en el Registro Civil, (en adelante RC).

La realidad jurídica de los matrimonios de complacencia no opera en el Derecho de extranjería (ante la reagrupación familiar) de igual modo que en el Derecho registral.

En consecuencia, existen dos fases de control en cuanto a la legalidad plena del matrimonio, pues como se ha dicho, por parte del Consulado únicamente tiene funciones de evitar la finalidad fraudulenta el matrimonio respecto a la obtención de una autorización de residencia y trabajo mediante la utilización de presunciones basadas en los criterios ya explicados, y por tanto, en caso de que el consentimiento matrimonial no sea el idóneo, tal matrimonio será tachado de complacencia, cuestión que no prejuzga la validez del acto jurídico en relación con otros posibles efectos.²⁹

Sin embargo, para que ese matrimonio cause efectos legales de oponibilidad frente a terceros, es preciso la inscripción del matrimonio en el Registro Civil mediante el visto bueno del Juez de primera instancia, con funciones de Encargado del Registro Civil, competente para autorizar la celebración del matrimonio (control registral previo) o inscribir, en su caso, en el Registro Civil español el matrimonio ya celebrado (control registral posterior), tal y como sucede en el caso concreto.

La problemática subyace en averiguar la veracidad del consentimiento prestado como elemento clave para la validez del matrimonio que se va a celebrar, o en este caso, ya celebrado. Para ello, a los Encargados del RC se les obliga a indagar en una convicción subjetiva profunda: que existe una falta de voluntad subjetiva de asumir

²⁹ESPINAR VICENTE, José María: *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*. Civitas, Madrid, 1996. P.p. 160.

los derechos y deberes del matrimonio, y que lo único que se pretende es la utilización instrumental de la institución.³⁰

En principio, el procedimiento bastará con señalar aquellos elementos relevantes que también son tomados en cuenta en la tramitación del visado de residencia (por reagrupación familiar) del cónyuge. Anticipando su resultado, la concurrencia de estos elementos, como determinantes en la configuración de la presunción del fraude, no opera de modo idéntico en una y otra esfera (inscripción del matrimonio o reagrupación familiar, respectivamente).

Además resulta muy difícil de controlar a priori el consentimiento sin arriesgar la presunción general de buena fe y las garantías del *ius nubendi*. Por tanto, se focaliza la atención en los requisitos de validez del matrimonio, recogidos en la ley personal de aplicación de los contrayentes, que además regirá los efectos del matrimonio en atención a lo dispuesto en el artículo 9 del Código Civil ya mencionado.

En este caso, es evidente que será la ley civil marroquí la que deberá regir en todos caso al ser la común de los contrayentes, sin embargo existen limitaciones a esa aplicación, pues en caso de que el matrimonio fuera celebrado ante las autoridades españolas del Registro Civil, y éstas detectaran indicios de fraude, podrán alegar la excepción de orden público para aplicar la ley española a efectos de averiguar la validez del consentimiento matrimonial.

Ahora bien, el matrimonio del caso concreto fue celebrado bajo la ley personal marroquí en Marruecos, aunque tal negocio jurídico tuviera lugar en suelo español, pues es palmario que la competencia del Consulado corresponde a la soberanía estatal de quien representa en suelo extranjero. En consecuencia, resultaría improcedente calificar la autenticidad de su consentimiento por la Ley nacional española, siendo la excepción a lo anterior la concurrencia de que la autenticidad del válido

³⁰ SALVADOR GUTIERREZ, Susana: “Registro Civil, inmigración y matrimonio”. “Registro Civil: incidencia del fenómeno de la inmigración”. (Dir) Juan Vicente Gutiérrez Sánchez. CGPJ, Madrid, Cuadernos de Derecho judicial, 2004, P.p. 257-355.

consentimiento del matrimonio chocara frontalmente con los principios esenciales, básicos e irrenunciables de nuestro ordenamiento jurídico.³¹

Por ello, en tales casos el Encargado del Registro Civil español deberá cerciorarse, con arreglo al Derecho extranjero correspondiente a la nacionalidad de los contrayentes, de que el consentimiento es válido o de que no lo es. El canon de validez será, pues, el Derecho extranjero. El Encargado del Registro Civil puede oponerse a la inscripción de un matrimonio celebrado entre extranjeros y que, a su juicio, es un “matrimonio de complacencia”. Pero para ello tiene que oponerse con fundamentos jurídicos extraídos del Derecho extranjero correspondiente a la nacionalidad de los contrayentes, siendo su única excepción la vulneración del orden público internacional, pues en ese caso, se aplicará la normativa española.³²

Lo anterior así lo refrenda el artículo 256 del Reglamento del Registro Civil, donde se viene a decir que se inscribirá cualquier matrimonio siempre y cuando no haya dudas de la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la española, aún cuando la certificación sea expedida por autoridad o funcionario del país de celebración.

Por último, respecto a ese recorrido de control de la legalidad del matrimonio enjuiciado, no hay que olvidar el hipotético escenario de verificación posterior por parte de la Fiscalía³³, quien está legitimada para instar una acción de nulidad para declarar la validez y legalidad del matrimonio ya celebrado con el fin de impedir que las partes puedan prevalerse de los efectos que la institución matrimonial produce sobre la nacionalidad y la extranjería. En ese proceso de validez del matrimonio ante los tribunales españoles, habrá de respetarse la forma en que se celebró y los efectos

³¹ Instrucción de 31 de enero de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre los matrimonios de complacencia. Punto VI.

³² Artículo 1 Convenio relativo al consentimiento para el matrimonio, hecho en Nueva York el 10 de diciembre de 1962 (BOE del 29 de mayo de 1969), donde se exige para la validez del matrimonio el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, de acuerdo a la ley, debiendo interpretarse como respeto al orden público.

³³ Circular 1/2002, de 19 de febrero, sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del Fiscal en materia de extranjería. Punto II. Tratamiento en el ámbito civil de la inmigración ilegal: Actuación del Ministerio Fiscal ante los matrimonios simulados, establecido en el art. 74 del C.C.: “La acción para pedir la nulidad del matrimonio corresponde a los cónyuges, al Ministerio Fiscal y a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella, salvo lo dispuesto en los artículos siguientes”.

del mismo según el respeto al principio *favor negotii*³⁴, siguiendo lo establecido en el artículo 11 del C.C.³⁵

Por tanto, la legislación española respeta la aplicación de la ley personal de los contrayentes siempre y cuando no se vulnere la suya propia, por lo que parece ser que el legislador ha querido mantener un lenguaje un tanto ambiguo con el fin de salvaguardar la soberanía nacional y la aplicación de la ley española en situaciones que pudieran afectar al orden público.

6. FINALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

Explicada la normativa que regula los matrimonios de conveniencia, aplicada al caso concreto, siguiendo con el *iter* procedimental, no hubo respuesta al recurso de reposición interpuesto, concurriendo una presunción de desestimación por silencio administrativo negativo. De manera que los perjudicados no tuvieron otra opción, que, ante el agotamiento de la vía administrativa, acudir a la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid³⁶ mediante la correspondiente interposición de demanda contencioso-administrativa.

Llegados a este punto, hay que resaltar el empeño de los Interesados en que se hiciera justicia, pues el hecho de llegar a la vía judicial en esas circunstancias significan el empeño de perseguir esa vida en común propia del matrimonio que son, reforzando

³⁴ Su finalidad práctica es, pues, subsanar los vicios correspondientes a ciertos negocios jurídicos cuando una ley en conflicto con otra, o una interpretación contraria a otra, determinan la invalidación de esos negocios en virtud de aquellos vicios.

³⁵ Art 11 C.C. “Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos se regirán por la ley del país en que se otorguen. No obstante, serán también válidos los celebrados con las formas y solemnidades exigidas por la ley aplicable a su contenido, así como los celebrados conforme a la ley personal del disponente o la común de los otorgantes. Si la ley reguladora del contenido de los actos y contratos exigiere para su validez una determinada forma o solemnidad, será siempre aplicada, incluso en el caso de otorgarse aquéllos en el extranjero”.

³⁶ El art. 8.3 de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa (LJCA), en relación con el art. 10.1 del mismo texto, determina que corresponde la competencia a los Tribunales Superiores de Justicia del conocimiento de pretensiones cuyo objeto no está comprendido dentro de los actos, cuyo conocimiento corresponda a los Juzgados de lo Contencioso. En este mismo sentido se pronuncia la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta específica materia y la propia resolución recurrida ya que en el presente caso la resolución administrativa recurrida deniega el visado al recurrente y, el organismo demandado, Consulado General de España en Agadir, pertenece a la Administración General del Estado en el exterior art. 36.1d) Ley 6/1997, dependiente del Ministerio de Asuntos Exteriores, con sede en Madrid. Por lo que, no estando atribuida su competencia específicamente a ningún órgano, de conformidad con lo previsto en los arts. 10.1.j y 14.1 de la LJCA corresponde el conocimiento del recurso a esta Sala.

más si cabe la veracidad de la existencia de un vínculo real, y por otro lado, el cumplimiento de la Ley de extranjería en la regulación del procedimiento de reagrupación familiar, pues bajo la cumplimentación de todos los requisitos expuestos en la normativa de aplicación y los argumentos desestimatorios, cuando menos, poco ajustados a Derecho por parte de la Administración competente, son hechos más que evidentes para, *ab initio*, tener garantías de éxito en un procedimiento judicial.

Entrando en el contenido de la demanda, los Interesados repitieron todos los argumentos desestimatorios recibidos durante las dos partes del procedimiento de reagrupación familiar bajo la Ley General de Extranjería, defendiendo su legítimo derecho de conseguir la concesión de Visado que permite tener una vida en común mediante toda la aportación documental pertinente, concluyendo que a la vista de todas las pruebas insertas en el procedimiento, queda acreditada la veracidad de la relación entre los cónyuges y su verdadero consentimiento matrimonial, de la misma manera que queda acreditado el incumplimiento por parte de la Administración de las obligaciones legales de carácter procedimental y de fondo que han llevado a la misma a dictar varias resoluciones no ajustadas a Derecho.

Siguiendo con el procedimiento judicial, se contestó a la demanda por parte de la Abogacía del Estado en representación del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación³⁷, repitiendo exactamente los mismos argumentos que fundamentaron la denegación del Visado (insuficiente contribución al sostenimiento familiar, que no se conocían antes del matrimonio, que se trata de un matrimonio de conveniencia), e incluso citando Jurisprudencia³⁸ en relación con la facultad que mantiene el Consulado de España en el exterior, pues no es un organismo únicamente diseñado para el cotejo de copias de documentación acreditativa de los requisitos exigidos. Cuestión ésta, que en ningún momento se ha mostrado en desacuerdo por parte de los Interesados.

³⁷ Al amparo del artículo 551 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en relación con el artículo 1 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas.

³⁸ STS de 27 de diciembre de 2012 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (RJ 2013/1338).

En conclusión, por parte de la Abogacía del Estado se legitima la denegación de Visado a través de la causa del artículo 70.4,b del RD 557/2011, al no acreditarse la cumplimentación de los requisitos exigidos por la normativa.

Por último, el pronunciamiento judicial otorga la razón a los Interesados, fundamentando la insuficiencia de la entrevista, y que, bajo la normativa que regula el contenido de la pertinente entrevista, los encargados competentes de realizarla no adecuaron los elementos fácticos a los requisitos que rige la norma para concluir que se trata de un matrimonio basado en el fraude, y que los simples indicios sin refutación fáctica no es suficiente para tachar el matrimonio como blanco o de complacencia, calificando la actuación de la Autoridad competente como abusiva al no acogerse a lo dispuesto en la normativa que faculta al Consulado a realizar la entrevista, debiendo ceñirse únicamente a comprobar la identificación del solicitante, la validez de la documentación aportada y la veracidad del motivo de solicitud.

Por tanto, el Tribunal falla estimar el recurso contencioso administrativo, anulando la resolución denegatoria de solicitud de Visado y declarando el derecho del marido de la Interesada a la obtención del Visado, condenando en costas a la Administración.

Ahora bien, como ya se dijo, hay que tener en cuenta la excepcionalidad del caso expuesto debido a la singularidad abusiva que ha mostrado la Administración a lo largo de todo el procedimiento administrativo, pues aunque mantenga una facultad discrecional ha de regirse a la cumplimentación de los requisitos exigidos por la normativa de aplicación.

En un escenario de visión crítica acerca de lo sucedido, es cierto que la circunstancia más conflictual a priori podría ser el corto noviazgo que mantuvieron los Interesados antes de contraer matrimonio, así como la situación irregular administrativa que tenía el futuro reagrupado. Hechos éstos que, bajo un criterio de *sana critica*, podrían hacer saltar las alarmas en cuanto a un posible caso de matrimonio de conveniencia.

Por tanto, aunque éstas circunstancias no son bastante para llegar a esa calificación, es innegable que es constitutivo de indicios fraudulentos, de manera que la autoridad española competente de expedir Visado, así como el Encargado del RC para su

posterior inscripción, tienen el deber de ponderar todos los elementos a fin de respetar la legislación española, en concreto, lo dispuesto por sendas resoluciones dictadas por la DGRN, en relación con tales matrimonios debido al alza de este tipo de enlaces desde la nueva entrada al siglo XXI, sobretodo cuando uno de los contrayentes es ciudadano comunitario.

Esto es así, por el elevado fraude existente cuando una persona es nacional comunitario, habida cuenta de las ventajas que ofrece tal regulación, detectando las principales diferencias en la primera parte del trabajo. Por tanto, a fin de disminuir el fraude existente, el legislador debiera adecuar esta normativa específica a la a la regulación comunitaria de extranjería, es decir, buscar una forma que, sin restringir ni lesionar los derechos expuestos en la Directiva 2004/81/CE y RD 240/2007, realizar un control más efectivo del fraude, siempre y cuando respetando los derechos básicos que ofrece tal regulación.

Ahora bien, el nuevo panorama casuístico quizás debiera acometer reformas legislativas internas, respetando lo impuesto por Europa, centrando el foco en la ampliación del plazo para el ejercicio de varios derechos, como la adquisición de nacionalidad de cónyuge de ciudadano comunitario, regulado en el artículo 22 del C.C., donde se requiere un año de residencia efectiva con el cónyuge en España para solicitarla. Además, a efectos de reagrupación familiar, que no baste sólo con acreditar el matrimonio con un ciudadano nacional de un estado miembro de la UE, ampliándose los plazos para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar.³⁹

Es decir, centrar la atención en la búsqueda de un equilibrio común, de manera que se haga cumplir la regulación en la materia, y en caso de existir un abuso flagrante de la normativa, como lo acaecido en el caso expuesto, hacer uso del artículo 24 C.E y ejercer el derecho de configuración legal de tutela judicial efectiva.

³⁹ En sentido contrario pensó el legislador español, cuando acometió la reforma del art. 22 C.C., a través de la Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código Civil, al pensar que la integración se produce más rápidamente si hay matrimonio, incluso aunque el cónyuge haya fallecido.

VI. CONCLUSIONES

1. La reagrupación familiar nace del reconocimiento del derecho a la protección de la familia e intimidad personal ligado al fenómeno de la inmigración, siendo desarrollado por normativa ordinaria, tratándose de un derecho de configuración legal según la doctrina jurisprudencial, de manera que aunque su origen parte de un derecho fundamental, su vigente plasmación normativa no se corresponde con esa calificación, debido entre otras, a la competencia que mantiene el Gobierno en cuanto a la definición, planificación, regulación y desarrollo de la política de inmigración.

2. Por otro lado, la intención del trabajo ha sido desarrollar los dos tipos de regulación normativa respecto a la reagrupación familiar, de manera que se identifiquen las principales diferencias entre ambas, siendo la normativa comunitaria más favorable y permisiva a la hora de reagrupar a un familiar, pues aumenta y amplía el número de familiares reagrupables, simplifica el procedimiento y reduce los requisitos exigibles para lograr el objetivo. Además, el familiar que pretenda residir en España tiene un derecho preexistente por acreditar esa condición, pudiendo incluso entrar en territorio español acompañado por el residente en España/reagrupante, sin la obligatoriedad de permanecer un plazo de tiempo en el país de origen para poder entrar en España.

3. Entrando en el conflicto principal del caso expuesto, teniendo en cuenta la normativa de aplicación, es manifiesto el abuso de poder que sufrieron los Interesados a lo largo del procedimiento administrativo, quienes a pesar de cumplir con los requisitos exigibles, su derecho tuvo que ser reconocido mediante intervención judicial.

Ahora bien, el desarrollo del mismo no quiere decir que lo acaecido sea una muestra del criterio general, siendo una excepción a la amplia casuística existente, configurándose como el resultado de la acción persecutoria del Estado a fin de evitar el auge del fraude desde la entrada del nuevo siglo XXI, confirmando de aquella manera la realidad del fenómeno social de los matrimonios de conveniencia, y de su extensión, pues el verdadero problema reside en la técnica de control utilizada para

evitar el fraude, pues el derecho a contraer matrimonio no puede verse limitado por una política de control.

Por otro lado, llama la atención que no siendo la normativa de aplicación la comunitaria, siendo ésta la que más presunto fraude esconde al minorar los términos de la reagrupación familiar, se diera el resultado tan perjudicial para los Interesados, quienes tras pasar por una doble barrera de verificación de los requisitos, tuvieron que hacer frente a la acusación de matrimonio blanco hasta en vía judicial, ganando dicha contienda legal.

4. En atención a un alcance general en la materia y a efectos de conseguir una legalidad plena en cuanto al matrimonio, su inscripción en el Registro Civil es fundamental, funcionando éste como una doble barrera de verificación en el supuesto de celebración previa a la inscripción, y por otro lado, focalizando la atención en averiguar la validez del matrimonio desde la esfera del consentimiento prestado y el contenido del *ius nubendi*. Es decir, llegar a la convicción de que el matrimonio ha sido celebrado para la consecución de fines fraudulentos a través de un análisis del libre consentimiento, respetando siempre el derecho a la intimidad personal y familiar (Art. 18 C.E.) y aplicando la ley que rige la forma del matrimonio en el momento de su celebración siempre y cuando éste no contravenga el orden público internacional.

5. Como posibles soluciones al creciente problema de los matrimonios blancos o de complacencia, el legislador debería mejorar la técnica de control sin vulnerar ningún derecho protegido por la normativa. Por ejemplo, una idea es el incremento del tiempo de la relación afectiva o el aumento de los plazos para solicitar este tipo de permisos o autorizaciones, dependiendo de la normativa aplicable, extracomunitaria o comunitaria, respectivamente, pues aunque el matrimonio es una institución sólida en la esfera jurídica, su uso instrumental fraudulento podría revertir esa condición de figura jurídica protegida ante un hipotético aumento del control por las autoridades en aras de salvaguardar la orden público. Es decir, es una consecuencia lógica que ante la inactividad del legislador, el poder ejecutivo ampliase competencias en la materia e introdujera un control más férreo, por lo que se hace necesaria la intervención del legislador para llegar a una solución equilibrada que tomase en cuenta los derechos e intereses en juego.

BIBLIOGRAFÍA

-ESPINAR VICENTE, José Manuel: *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*. Civitas, Madrid, 1996.

-SALVADOR GUTIÉRREZ, Susana.: “Registro Civil, inmigración y matrimonio”, “Registro Civil: incidencia del fenómeno de la inmigración”, (Dir). Juan Vicente Gutiérrez Sánchez. CGPJ, Cuadernos de Derecho judicial, Madrid, 2004, P.p. 257-355.

- “La configuración legal de los derechos fundamentales de los extranjeros”. “Constitución y democracia: 25 años de Constitución democrática en España”: (actas del congreso celebrado en Bilbao los días 19 a 21 de noviembre de 2003) (Coord). Miguel Ángel García Herrera. Ed. Universidad de País Vasco. 2005.

-BLÁZQUEZ RODRIGUEZ, Irene. “El derecho del inmigrante a una vida en familia: una perspectiva desde el derecho comunitario europeo”, “Inmigración y Derechos de los extranjeros”. (Dir.) Fernández Le Gal y García Cano., Universidad de Córdoba (Servicio de Publicaciones), 2005, pp. 179- 201.

-SOTO MOYA, Mercedes: “Las situaciones conyugales en el tráfico intracomunitario: Un modelo de relación entre DIPr y el Derecho de Extranjería”. Tesis doctoral, Universidad de Granada. Año 2006.

-VARGAS GOMEZ URRUTIA, Marina. “La dimensión familiar de la inmigración y el derecho a la reagrupación familiar”. UNED. Anuario de la Escuela de Práctica Jurídica. N° 1. 2006.

-ALBALADEJO GARCIA, Manuel., *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, duodécima Edición. Edisofer, S.L. Año 2013.

- MORENERO PEREZ, José Luis. “Las políticas de inmigración: La construcción de nuevas formas de ciudadanía y de atribución de derechos para las personas

extranjeras”. Revista Derecho Extranjería e Inmigración. Ed. Thomson Reuters. Año 2013. P.p. 48.

-ORTEGA GIMENEZ, Alfonso: España: “El problema de los denominados”: “Matrimonios de Conveniencia”. Revista Boliviana de Derecho. Año 2014. Pp.74-93.

-MARTIN VILLEGAS, Araceli: “El derecho de reagrupación en España. Retos y Perspectivas”. Cap. II. Revista de derecho migratorio y extranjería. Ed. Thomson Reuters. Año 2015. P.p. 39-55.

-*Memento de Extranjería y derecho Migratorio*. Ed. Lefebvre. Actualizado a enero de 2017.

-ESMAIL OUREH, Alireza: “El Derecho a la Reagrupación Familiar”. Tesis Doctoral. Universidad de Barcelona. Año 2018.

JURISPRUDENCIA

STEDH de 19 de Febrero de 1996. Asunto Gül c. Suiza.

STEDH Francia de 28 de Noviembre de 1996. Asunto Ahmut Francia.

STJUE de 13 de febrero de 1985. Asunto Diatta (ECLI:EU:C:1985:67)

STJUE de 18 de junio de 1987. Asunto Lebon C-316/85(ECLI:EU:C:1987:302)

STJUE de 26 de julio de 2002. Asunto Mrax C-459/99.

STJUE de 9 de septiembre de 2007. Asunto Jia C-1/05.

STJUE 5 de septiembre de 2012. Asunto Rahman C 83/11 (ECLI:EU:C:2012:519)

STJUE de 8 de noviembre de 2012. Asunto Lida C-40/11. (ECLI:EU:C:2012:691)

STJUE de 16 de enero de 2014. Asunto Reyes C-423/12

STJUE de 21 de abril de 2016. Asunto Mimoun Khachab C-558/2014

STC 26/1981, de 17 de julio. (ECLI:ES:TC:1981:26)

STC, 236/2007, de 7 de noviembre de 2007. (ECLI:ES:TC:2007:236)

STC de 26 de enero de 2009. (Nº Rec 7280/2006)

STS Cont-Adm de 1 de junio de 2010 (ECLI: ES:TS:2010:4259)

STS de 27 de diciembre de 2012 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (RJ 2013/1338).

STS de 18 de mayo de 2017. (ECLI: ES:TS:2017:4095)

STS de 18 de mayo de 2017. (ECLI: ES:TS:2017:4095)

STSJ Madrid, de 23 septiembre 2002 (JUR 2003\77689).

STSJ Madrid, de 6 mayo 2003 (JUR 2004\37).

STSJ Madrid, de 16 junio 2003 (JUR 2003\252690).

STSJ de Madrid de 1 de junio de 2015

STSJ Cont-Adm de 12 de Barcelona

STSJ de Madrid de 1 de junio de 2015

STSJ de Cataluña de 14 de mayo de 2018. (Nº 400/2018)

STSJ de Madrid de 1 de junio de 2015